



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Proceso Sumario: 110012205000 **2023 01317 01**
Demandante: MARÍA ELENA MORENO MARTÍNEZ
Demandado: EPS SANITAS S.A.S.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la EPS SANITAS S.A.S., en contra de la sentencia proferida el 15 de agosto de 2023 por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD.

I. ANTECEDENTES:

1.1 DEMANDA:

La señora MARÍA ELENA MORENO MARTÍNEZ promovió demanda en contra de la EPS SANITAS S.A.S., a fin de que se le ordene a la encartada proceder con la cobertura del medicamento incluido en el plan de beneficios en salud (PBS), que es negado mensualmente por parte de la entidad promotora de salud y que se denomina *“Winadeine F Acetaminofén más Codeína 325*30 Mlg Tableta Laboratorio Sanofi 360 tabletas Autorización Aprobada ante el Ministerio de Salud 1 Entrega 234776894 – 2 Entrega 234980811 – 3 Entrega 234986327”*.

En respaldo de sus súplicas, refirió que, entre el mes de julio y agosto del año en curso, solicitó en repetidas ocasiones a la EPS SANITAS S.A.S. la entrega del



medicamento el cual fue negado, lo que conllevó a que tuviese que instaurar ante el ente superintendencial demanda en contra de la entidad promotora de salud con el fin de recibir lo correspondiente, por ende, le enviaron dicho medicamento, pero únicamente en dos entregas.

Que, a pesar de lo anterior, su médico tratante le formuló nuevamente el medicamento, el cual no se le suministró por cuanto la encartada le informó que el mismo se encontraba agotado y que tiene un costo de \$175.000.

Expuso que no vive en la Ciudad de Bogotá, sino en el Municipio de Madrid – Cundinamarca, de allí que cada vez que se desplaza a la farmacia en Bogotá debe costear en transportes un promedio de \$60.000 diarios.

En últimas, mencionó la necesidad del medicamento como quiera que es una persona que en la actualidad cuenta con 64 años de edad, adicional al hecho que presentó un accidente cerebrovascular con pérdida súbita y convulsiones de la función neurológica, entre otras patologías.

1.2 TRÁMITE Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD mediante auto del 15 de agosto de 2023 admitió la demanda en contra de la EPS SANITAS S.A.S.

A razón de ello, la EPS SANITAS S.A.S. contestó la demanda manifestando que como entidad promotora de salud ha dado cumplimiento integral a las obligaciones que le asisten, al igual que ha adelantado todas las gestiones correspondientes con el fin de garantizar la entrega completa y oportuna del medicamento ordenado a la señora MARÍA ELENA MORENO MARTÍNEZ, con lo cual se evidencia su compromiso y diligencia en este aspecto.



Asimismo, indicó que en la actualidad se presenta desabastecimiento del medicamento de la demandante, de allí que se procedió a programar cita médica con la paciente, con el fin de que su médico tratante determine otras alternativas.

Formuló como medios exceptivos los denominados carencia de objeto por hecho superado y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

La SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD en sentencia proferida el 5 de octubre de 2023 accedió a las pretensiones de la demandante, por lo que dispuso frente a la demandada que dentro del término de 24 horas garantice la conducta terapéutica ordenada por su servicio médico "*Acetaminofén 325 mg/1U; codeína fosfato 30mg/1U (Winadeine F) (ATC N02AJ06)*", del cual se verificó existencias para su uso comercial a través de la página *web* en diversas farmacias, hasta tanto la junta de profesionales ordene una conducta diferente para con la actora.

Asimismo, ordenó a la encartada que garantice a la demandante que dentro del término de 5 días garantice la realización de la junta médica de profesionales en salud, que evalúe el cuadro clínico de la paciente y determine una opción terapéutica para su manejo, así como que, dentro del términos de 48 horas ejecute el plan de tratamiento que defina la junta médica de profesionales.

Para arribar a dicha conclusión, el ente superintendencial refirió que, en atención de los postulados legales, especialmente lo dispuesto en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, la seguridad social es un derecho fundamental, siendo las entidades promotoras de salud al tenor de lo estatuido en la Ley 100 de 1993 las encargadas de organizar y garantizar directa o indirectamente la prestación del plan obligatorio de salud a sus afiliados.

En igual sentido, refirió que el aseguramiento en salud comprende la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación



de los servicios que garanticen el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario; lo que exige que el asegurador asuma el riesgo transferido por ese usuario, esto es, la salud y la vida del afiliado, así como que cumpla con las obligaciones establecidas en el Plan de Beneficios en Salud.

Por tal razón, el ente superintendencial coligió que, del caudal probatorio acreditado en juicio, se pudo establecer de la encartada no ha realizado la entrega del medicamento pretendidos por la señora MARIA ELENA MORENO MARTINEZ, por lo que debe garantizar la entrega del mismo o en su defecto la opción terapéutica ordenada por los médicos tratantes a la actora.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la EPS SANITAS S.A.S. Argumentó su alzada en el hecho que, desde el momento mismo de la contestación de la demanda, quedó acreditado que no se ha incurrido en ninguna negligencia, ni desconocido los derechos que le asisten a la demandante, en la medida que no solo autorizaron los medicamentos reclamados en la demanda, sino que además, se ha desplegado todas las gestiones que están a su alcance, procurando que los mismos sean efectivamente entregados a la actora; no obstante, el proveedor ha sido insistente en señalar que la tecnología requerida actualmente presenta desabastecimiento.

IV. CONSIDERACIONES:

4.1. PROBLEMA JURÍDICO:

El problema jurídico se contrae a determinar si en el *sub-examine* resulta procedente el suministro de medicamento y demás aspectos que conlleven a la preservación de la salud de la aquí demandante señora MARÍA ELENA MORENO MARTÍNES respecto de la encartada EPS SANITAS S.A.S.

4.2. DEL CASO EN CONCRETO:

Sea lo primero indicar, que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 48 de la Constitución Política, dispone:

“ARTICULO 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”.

Asimismo, el numeral 4º del artículo 153 de la Ley 100 de 1993 y el numeral 12 del artículo 13 de la Ley 1438 de 2011, disponen para los afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud, la posibilidad de escoger libremente la entidad promotora de salud (EPS). De dicha selección depende la red de instituciones prestadoras de salud (IPS) que atenderán las contingencias que se puedan presentar.

Sobre esta limitación, la Corte Constitucional en sentencia T-171 de 2015, ha referido que *“la libertad de escogencia constituye un derecho en doble vía, pues en primer lugar es la facultad que tienen los usuarios para escoger las EPS a las que se afiliarán para la prestación del servicio de salud y las IPS en las que se suministrarán los mencionados servicios, y por el otro representa la potestad que tienen las EPS de elegir las IPS con las que se celebrarán convenios y la clase de servicios que se presentarán a través de ellas”*. Por ello, en principio, los afiliados están obligados a acudir para la atención de las contingencias de salud que se les presenten, a las IPS que forman parte de la red a la cual se encuentran vinculados.

Sin embargo, cuando en dichas instituciones no se garantice la prestación integral del servicio al afiliado, es factible acudir a entidades no vinculadas a la red de servicios. En esta materia se refirió la Corte Constitucional en sentencia T-238 de 2003, así: *“las EPS’s (...) tienen la libertad de decidir con cuáles instituciones prestadoras de salud suscriben convenios y para qué clase de servicios. Para tal efecto, el único límite constitucional y legal que tienen, radica en que se les*

garantice a los afiliados la prestación integral del servicio. De allí que, salvo casos excepcionales o en atención de urgencias, los afiliados deben acogerse a las instituciones donde son remitidos para la atención de su salud, aunque sus preferencias se inclinen por otra institución”.

En tal sentido, es menester advertir en primer lugar que la demandada EPS SANITAS S.A.S. no se apuso a la afiliación de la señora MARÍA ELENA MORENO MARTÍNEZ.

Tampoco el hecho que conforme se acredita de la historia clínica de la señora MARÍA ELENA MORENO MARTÍNEZ, se trata de una paciente de 62 años con dolor neuropático secundario a patología articular degenerativa, al momento con cervicalgia y probable dolor neuropático asociado, que en plan de manejo se indica “Acetaminofén + Codeína (325+30) mg”, allega formato de fallo terapéutico en el cual se justifica marca comercial como *Winadeine* (CARPETA 01 DEMANDA – PDF 04 HISTORIA CLÍNICA).

Asimismo, como lo determinó el ente superintendencial en sede de primera instancia, sea precia que la demandante padece múltiples afectaciones en su salud, como lo es el hecho de presentar antecedentes de lupus eritematoso sistémico, trombosis mesentérica y venosa, al igual que registra intolerancia a la hidrocodona, así como dolor crónico secundario a patología articular degenerativa, de allí que se pueda colegir que sus patologías son progresivas, lo que a su vez conduce a la necesidad de la medicación sistemática determinada en primer grado, así como el análisis médico progresivo a través de la junta médica de profesionales y el tratamiento médico a seguir que también se decidió en sede de instancia.

Por tal razón, no puede estimar la entidad promotora de salud encartada que por el hecho de que ha adoptado medidas a efectos de preservar la salud de la demandante, se entienda suplida la necesidad de continuar con los tratamientos y entregas de medicamentos, aspectos que por demás fueron determinados por



los especialistas de la salud, pues es evidente la deficiencia de salud de la actora en el tiempo, de allí su necesidad de ser suministrada de lo necesario para preservar su salud; circunstancia por la cual, la sentencia de primera habrá de confirmarse.

SIN COSTAS en esta instancia.

VI. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de octubre de 2023 por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, dentro del proceso de la referencia, de acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 05 2022 00478 01
Demandante: BENJAMÍN MARTÍNEZ BAENA
Demandados: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 15 de septiembre de 2023 por el Juzgado Quinto y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, 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 adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor BENJAMÍN MARTÍNEZ BAENA promovió demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin de declararse la ineficacia del traslado efectuada en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la referida PORVENIR S.A., de allí que retorne nuevamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES con todo el capital ahorrado en su cuenta de ahorro individual.

Por último, que se le condene en costas procesales a las demandadas.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que se afilió al extinto ISS el mes de agosto de 1989, siendo inducido para trasladarse con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en el mes de octubre de 1998.

Que para dicha data, las administradoras de fondos privados adelantaron una agresiva campaña para obtener que los trabajadores se afiliaran ante sus dependencias; no obstante, al momento de su traslado no se le explicó acerca de las verdaderas consecuencias del cambio de régimen pensional.

En últimas, expuso que elevó solicitudes ante las encartadas solicitando el cambio de régimen, las cuales negaron lo de su cargo.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. contestó la demanda manifestando que el traslado de la demandante ante sus dependencias ocurrió una vez recibió información transparente y necesaria, lo que le permitió compararla con el conocimiento que tenía del Régimen de Prima Media con Prestación Definida por haber pertenecido al mismo, para así tomar la mejor decisión de acuerdo con sus intereses pensionales.

Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la genérica.

COLPENSIONES adujo en su contestación que la actora se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al no demostrarse la ocurrencia de algún vicio en el consentimiento que hubiese

afectado su decisión libre y voluntaria de trasladarse de régimen pensional después del correspondiente asesoramiento.

Formuló como medios exceptivos los denominados la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, aplicabilidad de la sentencia SL373-2021 y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 15 de septiembre de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de traslado de régimen pensional de prima media al de ahorro individual, realizado por el señor BENJAMÍN MARTÍNEZ BAENA a través de PORVENIR S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A., que traslade a COLPENSIONES el valor las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses y a COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante procediendo a actualizar su historia laboral.

TERCERO: COSTAS a cargo de PORVENIR S.A., inclúyase como agencias en derecho la suma de tres (3) SMMLV.

CUARTO: En caso que este fallo no fuese apelado consúltese a favor de COLPENSIONES.”

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* refirió que el Alto Tribunal de cierre de esta especialidad ha sentado una línea jurisprudencial en torno al tema de la nulidad del traslado de régimen desde la sentencia de 9 de septiembre de

2008 con Radicación No. 31989, hasta las más recientes como la SL1421 de 2019, la SL1688 de 2019 y SL5686 de 2021, entre otras, se ha precisado que en estos asuntos no procede la declaratoria de la excepción de prescripción, la carga de la prueba radica en cabeza de las administradoras de pensiones las cuales tienen el deber de demostrar en estos juicios la información que se le brindó al afiliado respecto de las ventajas y desventajas de ambos regímenes, lo cual no se prueba con los formatos pre-impresos.

De otro lado, mencionó que la jurisprudencia ha señalado que no es necesario que las personas sean o no beneficiarias del régimen de transición, o haber cumplido los requisitos para pensionarse, sin que tal aspecto pueda constituirse en un argumento para no acceder a la protección que se solicita por la falta al deber de información, máxime cuando el demandante no confesó haber recibido la información que se echa de menos, aspectos que ha tenido en cuenta el órgano de cierre de esta especialidad, por lo que es viable declarar la ineficacia del traslado.

Bajo esta égida, declaró la ineficacia de traslado pensional de PORVENIR S.A., precisando a su vez que esta última deberá retornar con destino del Régimen de Prima Media con Prestación Definida los dineros existentes en la cuenta de ahorro del actor, junto con intereses, frutos y rendimientos.

III. RECURSOS DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Argumentó en su alzada que la afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de la AFP PORVENIR S.A. se realizó conforme a derecho de manera libre y voluntaria.

En igual sentido, adujo que el actor se encuentra dentro de la prohibición dispuesta en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, 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 que realizó la demandante.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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, 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*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

En 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 fue aportado el formulario de afiliación que suscribiera el demandante por intermedio de la AFP PORVENIR S.A. el 19 de mayo de 1997 (Fl. 73 – PDF 06 CONTESTACIÓN PORVENIR S.A.), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, “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 pre-impresos, 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, el aquí demandante señor BENJAMÍN MARTÍNEZ BAENA en el interrogatorio de parte a él practicado no confesó que se le hubiese brindado una asesoría ajustada a derecho, incluidas las implicaciones, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, y otras situaciones de asesoría que entendiera de manera fehaciente la total información suministrada, sin advertirle características propias incluso del mismo Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como la cuenta de ahorro individual, aportes voluntarios, modalidades por vejez dentro del régimen privado, el derecho de retracto, etc.

De allí que se pueda colegir la notoria falta de información por parte de PORVENIR S.A. por cuanto no se obtuvo confesión alguna de la debida asesoría al tenor de los preceptos emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, carga probatoria que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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 acumulativa	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 a la actora para el año 1997, 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 al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP PORVENIR S.A. no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen del promotor.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración que absolviera el fallador de instancia, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

“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, es 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.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera en lo que atañe a COLPENSIONES, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 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 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,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 las AFP tienen 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 han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual, luego, por lo que al retornarse las contingencias referidas, evidente es que existe satisfecho un financiamiento como consecuencia de una posible prestación a la demandante.

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”.*

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.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1019-2022, Radicación No. 87915 del 16 de marzo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

*“Por ello se procederá a Condenar a Old Mutual SA hoy Skandia, a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los **gastos de administración, comisiones, 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**. 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.*

*Paralelamente, se ordenará a Porvenir SA devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por **gastos de administración, comisiones 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**, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

Posición que ha sido reiterada por esa Alta Corporación en sentencia SL5047-2021, Radicación No. 83777 del 25 de octubre del 2021 en la que se indicó lo siguiente:

*“Se modificará el numeral segundo de la misma providencia, en el sentido de que tanto Colfondos S. A. como Porvenir S. A. deberán trasladar a Colpensiones todos los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la accionante, junto con sus rendimiento, bonos pensionales, incluidos **los gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos conceptos con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que permaneció inscrita en cada administradora, debidamente indexados**” (Subrayado por la Sala)*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De lo anterior, dimana con claridad que la decisión de primer grado habrá de confirmarse en lo que atañe a la prosperidad de la ineficacia del traslado que realizó la demandante con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

No obstante lo anterior, la sentencia de primera instancia habrá de adicionarse, para en su lugar ordenar a PORVENIR S.A. que traslade con destino a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales, así como la devolución de los gastos de administración, comisiones 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.

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.

COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES como quiera que el recurso de apelación no gozó con vocación de prosperidad.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de ordenar a PORVENIR S.A. que traslade con destino a COLPENSIONES los saldos obrantes



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

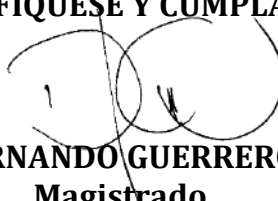
en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales, así como la devolución de los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

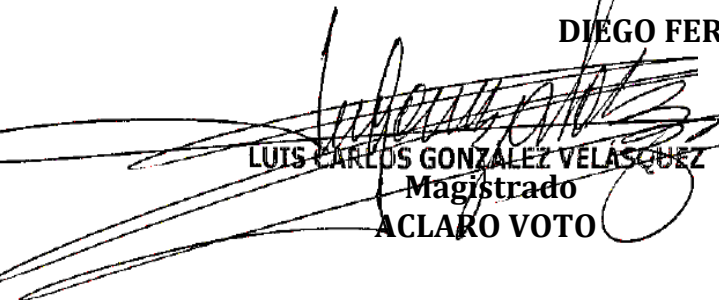
Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente COLPENSIONES. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a favor de la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado
ACLARO VOTO


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

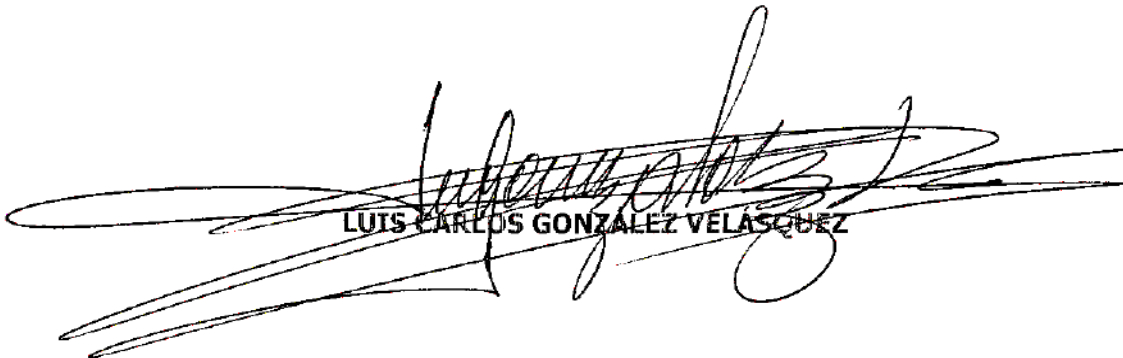
**PROCESO ORDINARIO LABORAL No 05 2022 00478 01 DE BENJAMÍN
MARTÍNEZ BAENA contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

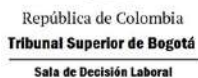
Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 12 de diciembre de los corrientes.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó la actora al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar a la demandante válidamente vinculada al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



Por consiguiente, se le condene a PORVENIR S.A., actual AFP donde se encuentra afiliado, a trasladar los aportes realizados con destino a COLPENSIONES, junto con los rendimientos generados, así como que COLPENSIONES acepte dicho traslado y reciba los rubros pertinentes provenientes del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Por último, que se condene a PORVENIR S.A. asumir cualquier diferencia actuarial que deba asumir COLPENSIONES por el pago del derecho pensional que le asista en el futuro, al igual que se les condene a las encartadas al pago de costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que en el mes de enero de 1998 fue visitado por un promotor comercial de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., quien le mencionó las supuestas bondades que tendría el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como la alta rentabilidad que le garantizaría una mayor mesada pensional en ese fondo, una pensión a cualquier edad, entre otros.

Que el promotor le afirmó que dado el promedio de su salario y los aportes pensionales que ostentaba y que seguiría realizando, serían capaces de financiar una mesada pensional superior al promedio de su salario, en conjunto con varios aspectos de desinformación.

Adujo que posteriormente, en el mes de julio de 2000, recibió una visita de un promotor comercial de la AFP PORVENIR S.A., el cual también le informó aspectos desinformativos acerca de la permanencia en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, adoptando así su decisión de traslado de fondo pensional.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. contestó la demanda indicando que, si bien en la actualidad se exige demostrar la existencia de una asesoría a la parte demandante con el cumplimiento de exigencias rigurosas más allá del diligenciamiento del formulario y la información brindada de manera verbal, tal aspecto conlleva a que no se tenga en cuenta que esa obligación se hizo por parte de la Superintendencia Financiera a partir del año 2016.

Al unísono, mencionó que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia mantiene la corriente de las exigencias de la Superintendencia Financiera, aplicando criterios sin respetar el principio de la irretroactividad, toda vez que no se deben imponer dichos requisitos para quienes se hayan afiliado o traslado previo a la anualidad 2016, ya que con anterioridad no existía la doble asesoría.

Propuso las excepciones de buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aceptación tácita de las condiciones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y la de enriquecimiento sin causa derivado de la omisión de la figura de restituciones mutuas.

COLPENSIONES expuso en su contestación que, el traslado realizado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PORVENIR S.A. en el año 1997 se presume no solo efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia de régimen pensional consagrado en el artículo 13, literal b), de la Ley 100 de 1993, sino plenamente válido por haberse realizado conforme a las exigencias legales.

Impetró las excepciones de prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones y la de inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

PROTECCIÓN S.A. manifestó que el demandante se afilió ante sus dependencias después de haber recibido una asesoría adecuada, correcta,

suficiente y oportuna, resaltando además que se le expusieron los pormenores del traslado, así como las explicaciones necesarias acerca de los regímenes pensionales existentes.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto y la de traslado de aportes a otra administradora de fondo de pensiones.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 9 de noviembre de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen del señor MAURICIO GARCIA AVELLA, realizado de régimen de prima media al RAIS acaecido el día 22 de diciembre de 1997, mediante su afiliación a COLMENA hoy PROTECCION por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES admitir el traslado de régimen pensional del señor MAURICIO GARCIA AVELLA, conforme a lo señalado.

TERCERO: CONDENAR a la demandada PROTECCION y PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación del señor MAURICIO GARCIA AVELLA, tales como cotizaciones, bonos, pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, aplicable por remisión analógica en materia laboral, esto junto con los rendimientos que se hubieren causado.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva PROTECCION y PORVENIR que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante y efectuar todos los ajustes en la historia pensional de la actora.

QUINTO: COSTAS en esta instancia, a cargo de la parte demandada PROTECCION y PORVENIR liquidarse por Secretaría, fijando agencias en derecho en la suma de \$1.160.000 de pesos.

SEXTO: Como quiera que la presente decisión resulta adversa a los intereses de COLPENSIONES, se remitirá las diligencias al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad.”

Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia estimó que, es obligación de las AFP suministrar a los afiliados la información completa y suficiente antes del traslado, dándole a conocer las condiciones y características de cada uno de sus regímenes, así como la incidencia del traslado.

Bajo dicho entendimiento la información como elemento de convalidación de la afiliación, es respecto al caso puntal de cada uno de los afiliados y no se puede consentir que las AFP incumplan con su deber de información o buen consejo, indistintamente de si cuenta o no con régimen de transición. Además, precisó que la carga probatoria del deber de información recae sobre las AFP, quienes en el presente caso no acreditaron que se haya suministrado la correspondiente información y las consecuencias del traslado, ni tampoco se obtuvo confesión alguna en el interrogatorio de parte, máxime si se tiene en cuenta que la suscripción del formulario no es prueba del suministro de dicha información y el traslado horizontal no convalida tampoco el traslado de régimen.

En tal sentido, condenó tanto a PROTECCIÓN S.A. como PORVENIR S.A. devolver todos los valores que hubieren recibido por motivo de la afiliación del actor, tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con sus

respectivos intereses de conformidad con lo establecido en el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. la apeló. Argumentó en su alzada que no hay lugar al pago de gastos de administración y su indexación, como quiera que son rubros distintos a los obrantes en la cuenta de ahorro individual del actor no han perdido poder adquisitivo, de allí que de ser objeto de devolución incrementarían ostensiblemente el asunto dinerario y a su vez se configuraría un enriquecimiento sin causa a favor del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

De otro lado, indicó no ser procedente la condena en costas procesales.

COLPENSIONES por su parte indicó en su alzada que para la anualidad del traslado del demandante en el año 1997 con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, si bien es cierto imponía a los fondos de pensiones brindar una información clara, precisa, detallada y veraz, de dicha información no era requisito dejar constancia del suministro de la misma, entendiéndose suplida únicamente con la suscripción del formulario de afiliación, más aún si al tenor de lo consagrado en la Ley 797 de 2003, el actor se encuentra dentro de la prohibición legal para que prospere dicho traslado.

En últimas, solicitó la absolución de la condena en costas dada la buena fe con la que se ha actuado dentro del presente asunto.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, 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 que realizó la demandante.

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 la 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, 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, 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 haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 fueron aportados los formularios de afiliación que efectuara el demandante por intermedio de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. el 22 de diciembre de 1997 y en PORVENIR S.A. el 14 de junio de 2000, último donde se encuentra afiliado en la actualidad (Fl. 4 – PDF 05 ANEXOS y fl. 173 – PDF 12 CONTESTACIÓN PORVENIR S.A.), formularios que, si bien refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“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 pre-impresos, 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, el aquí demandante señor MAURICIO GARCÍA AVELLA en el interrogatorio de parte a él practicado no confesó que se le hubiese brindado una asesoría ajustada a derecho, incluidas las implicaciones, ventajas y

desventajas entre ambos regímenes pensionales, y otras situaciones de asesoría que entendiera de manera fehaciente la total información suministrada, sin advertirle características propias incluso del mismo Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como la cuenta de ahorro individual, aportes voluntarios, modalidades por vejez dentro del régimen privado, el derecho de retracto, etc.

De allí que se pueda colegir la notoria falta de información por parte de PROTECCIÓN S.A. por cuanto no se obtuvo confesión alguna de la debida asesoría al tenor de los preceptos emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, carga probatoria que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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:*

Etapa acumulativa	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, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no	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



	menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	
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 a la actora para el año 1997, 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 a la falladora de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen del promotor.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“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 aparea 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, es 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.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera respecto de COLPENSIONES, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 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 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 las AFP tienen 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 han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual, luego, por lo que al retornarse las contingencias referidas, evidente es que existe satisfecho un financiamiento como consecuencia de una posible prestación a la demandante.

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”.*

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.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1019-2022, Radicación No. 87915 del 16 de marzo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

*“Por ello se procederá a Condenar a Old Mutual SA hoy Skandia, a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los **gastos de administración, comisiones, 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.** 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.*

*Paralelamente, se ordenará a Porvenir SA devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por **gastos de administración, comisiones 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,** durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

Posición que ha sido reiterada por esa Alta Corporación en sentencia SL5047-2021, Radicación No. 83777 del 25 de octubre del 2021 en la que se indicó lo siguiente:

*“Se modificará el numeral segundo de la misma providencia, en el sentido de que tanto Colfondos S. A. como Porvenir S. A. deberán trasladar a Colpensiones todos los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la accionante, junto con sus rendimiento, bonos pensionales, incluidos **los gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos conceptos con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que permaneció inscrita en cada administradora, debidamente indexados**” (Subrayado por la Sala)*

De lo anterior, dimana con claridad que no erró la *a-quo* en la decisión de primera instancia. Sin embargo, encuentra la Sala la necesidad de aclarar la sentencia, en el sentido de indicar que PORVENIR S.A., actual AFP donde se encuentra afiliado el actor, deberá trasladar con destino a COLPENSIONES



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

todos los valores depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con sus rendimientos y bonos pensionales. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, 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. 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.

Paralelamente, se ordenará a PROTECCIÓN S.A. devolver a COLPENSIONES el porcentaje cobrado por gastos de administración, comisiones 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, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora.

Por último, en los recursos de alzada interpuestos por COLPENSIONES y PORVENIR S.A. solicitan la absolución de las costas procesales. Para lo correspondiente, 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.

Al respecto, 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“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”.

De esa forma, al haber sido evidente que COLPENSIONES y PORVENIR fueron objeto de órdenes concernientes a la declaratoria de ineficacia de la afiliación del demandante en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, por consiguiente, el retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, es palmario que deba imponérseles esta condena, adicional a que en la contestación de la demanda la referida las encartadas se opusieron a las pretensiones.

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES como quiera que los recursos de apelación no gozaron con vocación de prosperidad en cuanto a no declarar la ineficacia de la afiliación aquí deprecada.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA 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: ACLARAR la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que PORVENIR S.A., actual AFP donde se encuentra afiliado el actor, deberá trasladar con destino a COLPENSIONES todos los valores depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con sus rendimientos y bonos pensionales. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

correspondiente a los gastos de administración, comisiones, 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. 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.

Paralelamente, se ordenará a PROTECCIÓN S.A. devolver a COLPENSIONES el porcentaje cobrado por gastos de administración, comisiones 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, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000 para cada una de ellas y a favor de la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado
ACLARO VOTO

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

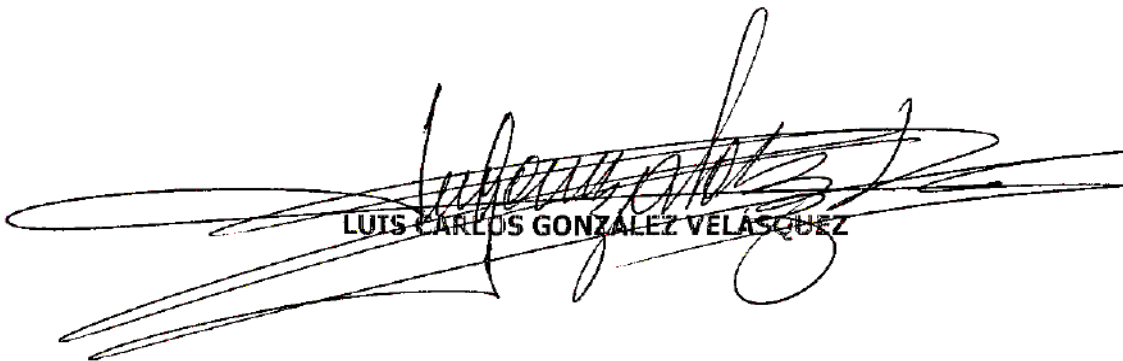
PROCESO ORDINARIO LABORAL No 08 2022 00223 01 DE BENJAMÍN MARTÍNEZ BAENA contra COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 12 de diciembre de los corrientes.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó la actora al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar a la demandante válidamente vinculada al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral : 1100131050 09 2022 00327 01
Demandante: WILLIAM LIBARDO ESPINOSA BELTRÁN
Demandado: COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, en contra de la sentencia proferida el 29 de agosto de 2023 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, 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 adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor WILLIAM LIBARDO ESPINOSA BELTRÁN promovió demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., a fin de declararse la nulidad del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PROTECCIÓN S.A. ante la falta del deber profesional de información, de allí que en igual sentido se declare el retorno al Régimen de

Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES sin solución de continuidad.

Que se le ordene a PROTECCIÓN S.A. la devolución con destino a COLPENSIONES de todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, gastos de administración o cualquier otro, debiendo asumir dichos rubros con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión por el pago de las mesadas o por los gastos de administración, o cualquier otro que hubiere generado en aplicación del artículo 693 del mentado Código Civil.

Igualmente, se le condene a PROTECCIÓN S.A. en caso de haberse otorgado previamente pensión, seguir pagando la misma hasta tanto sean trasladados por el fondo demandado todos los recursos a COLPENSIONES para financiar la deuda pensional y sea incluido en nómina de pensionados, con el propósito de que no quede desprotegido su derecho prestacional.

Por último, se les condene a las encartadas al pago de costas procesales y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que fue afiliado al sistema general de pensiones a partir del 7 de mayo de 1987 por intermedio del extinto ISS.

Que como consecuencia de la publicidad y la gestión realizada por los fondos privados de pensión, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de la AFP PROTECCIÓN S.A. en el mes de abril de 2000, traslado que se llevó a cabo sin el suministro de una información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto de las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el régimen privado, versus las

consecuencias negativas o específicas de abandonar el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Que no se le entregaron proyecciones ni comparativos de lo que sería el valor en ambos regímenes pensionales, el tiempo de retorno entre dichos regímenes a razón de la edad, no se le indicó acerca del capital en el régimen privado, entre otros aspectos de desinformación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, arguyendo que dentro del expediente no obra prueba alguna que efectivamente demuestre que al demandante se le hubiese hecho incurrir en error ante la falta del deber de información por parte de la AFP, o de que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento como el error, la fuerza o el dolo. Que, en igual sentido, tampoco se advierte dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del actor.

Propuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

PROTECCIÓN S.A. por su parte adujo en su contestación que, como administradora pensional del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, le proporcionó al demandante toda la información respecto a las proyecciones y a las tablas de mortalidad, de allí que el acto de afiliación sea existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, más

aún si el formulario fue diligenciado de manera libre y voluntaria, solemnizándose de esta forma su afiliación.

Formuló los medios exceptivos los denominados inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 29 de agosto de 2023, resolvió:

“PRIMERO. DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó el demandante, William Libardo Espinosa Beltrán, entre el RPM administrado por el Instituto de Seguros Sociales – hoy Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, al RAIS administrado por Pensiones y Cesantías Santander hoy Protección S.A., el 7 de abril del 2000.

SEGUNDO. CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones las cotizaciones recibidas en su integridad, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales si los hubiere, así como gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en los seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados al momento de cumplirse la orden, sin que haya lugar a descontar valor alguno de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO. CONDENAR a Colpensiones a recibir de Protección S.A., todos los valores que le fueren trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral del demandante las correspondientes semanas.

CUARTO. DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas.

QUINTO. COSTAS. Lo serán a cargo de Protección S.A. Tásense por Secretaría. Fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a un (1) SMLMV, de conformidad con lo indicado en la parte motiva.

SEXTO. DE NO SER APELADO esta decisión, remítase el presente asunto ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. a fin de que surta el **GRADO JURISDICCIONAL DE**



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

CONSULTA a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, de conformidad con el artículo 69 CPTSS.”

Para arribar a dicha conclusión, la apoderada de instancia indicó que de conformidad con lo adocinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es deber de las AFP ante la carga probatoria que refuta sobre ellas, dar cuenta que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen pensional, ello con un suministro de información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, así como las características, condiciones y accesos de cada uno de los regímenes pensionales de modo que el potencial afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas tanto públicos como privados, incluyéndose las ventajas y desventajas objetivas de cada uno de ellos y las consecuencias jurídicas del traslado.

Que por tal razón, dentro del presente asunto la AFP PROTECCIÓN S.A. no acreditó el suministro de la debida información reglada tanto en los postulados legales como jurisprudenciales, máxime si en el interrogatorio de parte rendido por el demandante no existió confesión alguna sobre una asesoría ajustada a derecho, carga probatoria que le correspondía acreditar a la AFP y, en tal sentido, resulta procedente la declaratoria de ineficacia, sumado que la simple suscripción del formulario de afiliación no supe dicha carga.

Finalmente, en lo que atañe a la excepción de prescripción arguyó que no goza de vocación por cuanto el derecho a la seguridad social es de carácter irrenunciable.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Indicó que como administradora pensional del Régimen de Prima Media con Prestación Definida en todo momento ha actuado de buena fe, de allí que no tenga

injerencia alguna en el traslado del actor al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Que, para el momento del traslado del demandante, la única legalidad que convalidaba el mismo era el formulario de afiliación, por lo que no pueden adicionarse prerrogativas normativas que en su momento no existían, al igual que en la actualidad el actor se encuentra dentro de la prohibición legal contenida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, puesto que le faltan menos de 10 años para la edad pensional.

PROTECCIÓN S.A. por su parte refirió en su apelación que no es procedente la devolución por concepto de pago de primas de seguros, como quiera que el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad está basado en el ahorro proveniente de cotizaciones, los respectivos rendimientos financieros y la solidaridad a través de garantías de pensión mínima y aportes al fondo de solidaridad, y propende por la competencia entre diferentes entidades administradoras del sector privado, el sector público y el sector social solidario que libremente escojan los afiliados.

Por tal razón, con el fin de asegurar los recursos de cada afiliado, las administradoras disponen de un porcentaje para la prima de seguros de FOGAFIN con la finalidad de proteger los ahorros de los ciudadanos depositados en los bancos, corporaciones financieras, compañías de financiamiento, por lo que la remuneración a razón de los porcentajes dispuestos por tal concepto se encuentran autorizados por vía legal, más allá del futuro o las consecuencias que conllevaran el negocio jurídico celebrado y fueron destinados a cubrir las previsiones con ocasión a la ley; circunstancia por la cual, ese aporte de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993 ha entrado a ser parte de un patrimonio autónomo ajeno a los designios de sus dependencias, lo que significa que tal orden resultaría de imposible cumplimiento y que por demás constituiría un enriquecimiento sin causa a favor del actor y de COLPENSIONES, incurriendo también en una desestabilidad financiera del sistema general de pensiones.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

a. 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 que realizó el demandante.

b. 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, 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, 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 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 fue aportado el formulario de afiliación que suscribiera el demandante por intermedio de la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. el 7 de abril de 2000 (Fl. 18 – PDF 05 CONTESTACIÓN PROTECCIÓN S.A.), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“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 pre-impresos, 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, el aquí demandante señor WILLIAM LIBARDO ESPINOZA BELTRÁN en el interrogatorio de parte a él practicado no confesó que se le hubiese brindado una asesoría ajustada a derecho, incluidas las implicaciones, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, y otras situaciones de asesoría que entendiera de manera fehaciente la total información suministrada, sin advertirle características propias incluso del mismo Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como la cuenta de ahorro individual, aportes voluntarios, modalidades por vejez dentro del régimen privado, el derecho de retracto, etc.

De allí que se pueda colegir la notoria falta de información por parte de PROTECCIÓN S.A. por cuanto no se obtuvo confesión alguna de la debida asesoría al tenor de los preceptos emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, carga probatoria que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

En igual sentido, si bien PROTECCIÓN S.A. allegó un documento denominado reasesoría pensional para con el demandante calendado el 28 de febrero de 2013, encuentra la Sala de una parte que el mismo no contiene la rúbrica del actor, lo que denota la falta de severidad de lo allí consignado más aún si el actor no confesó situación alguna acerca de su suscripción y, de otra, como lo ha expuesto el órgano de cierre, este tipo de acontecimientos no subsume una presunta asesoría frente al traslado, como quiera que esos aspectos deben ser demostrados con la suscripción inicial del formulario de afiliación, tópico que se itera PROTECCIÓN S.A. no probó en juicio.

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, 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	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
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 a la actora para el año 2000, 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 al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP PROTECCIÓN S.A. no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen del promotor.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración que absolviera el fallador de instancia, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

“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 aparea que COLFONDOS S.A. Deba devolver los



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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, es 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.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera en lo que atañe a COLPENSIONES, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 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 las AFP tienen 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 han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual, luego, por lo que al retornarse las contingencias referidas, evidente es que existe satisfecho un financiamiento como consecuencia de una posible prestación a la demandante.

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”.*

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.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1019-2022, Radicación No. 87915 del 16 de marzo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

*“Por ello se procederá a Condenar a Old Mutual SA hoy Skandia, a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los **gastos de administración, comisiones, 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.** 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.*

*Paralelamente, se ordenará a Porvenir SA devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por **gastos de administración, comisiones 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,** durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle*

pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Posición que ha sido reiterada por esa Alta Corporación en sentencia SL5047-2021, Radicación No. 83777 del 25 de octubre del 2021 en la que se indicó lo siguiente:

“Se modificará el numeral segundo de la misma providencia, en el sentido de que tanto Colfondos S. A. como Porvenir S. A. deberán trasladar a Colpensiones todos los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la accionante, junto con sus rendimiento, bonos pensionales, incluidos los gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos conceptos con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que permaneció inscrita en cada administradora, debidamente indexados” (Subrayado por la Sala)

De lo anterior, dimana con claridad que la decisión de primer grado habrá de confirmarse en lo que atañe a la prosperidad de la ineficacia del traslado que realizó el demandante con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y lo allí dispuesto como objeto de devolución con destino a COLPENSIONES.

COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. como quiera que los recursos de apelación no gozaron con vocación de prosperidad.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva.

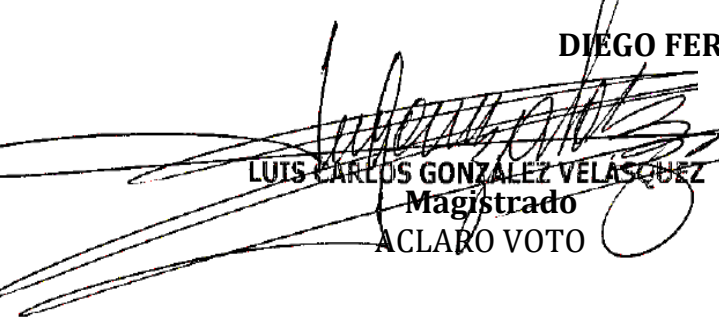


República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cada una de las demandadas y a favor de la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado
ACLARO VOTO


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

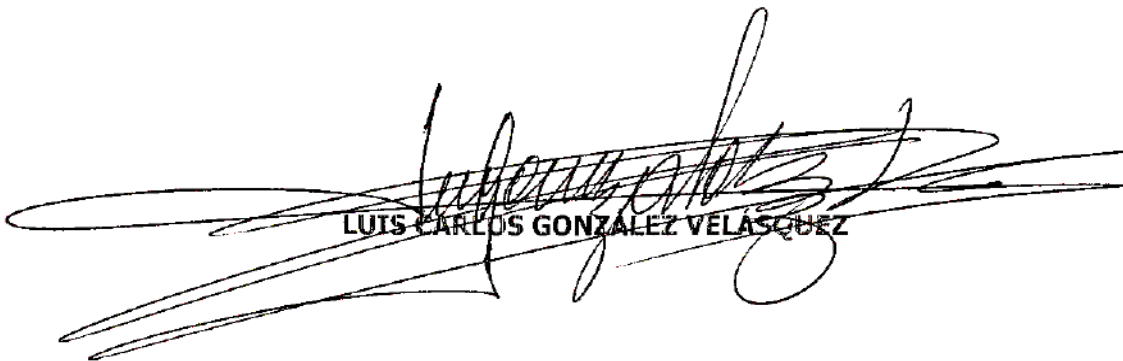
**PROCESO ORDINARIO LABORAL No 09 2022 00327 01 DE WILLIAM
LIBARDO ESPINOSA BELTRÁN contra COLPENSIONES y PROTECCIÓN
S.A.**

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 12 de diciembre de los corrientes.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó la actora al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar a la demandante válidamente vinculada al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 17 2022 00196 01
Demandante: WILSON ANTONIO ARÉVALO GALINDO
Demandados: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de PORVENIR S.A. al abogado LUIS EDUARDO CALDERÓN PASTRANA, identificado con cédula de ciudadanía 1.004.155.816 y T.P. 406.112 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder a él conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 2 de octubre de 2023 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, 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 adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor WILSON ANTONIO ARÉVALO GALINDO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin de declararse la ineficacia del traslado efectuado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de la AFP PORVENIR S.A., de allí que se encuentre válidamente afiliado en el régimen público.

Por consiguiente, se le condene a PORVENIR S.A. devolver con destino a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos e indexación monetaria a que haya lugar.

Asimismo, se le condene a COLPENSIONES reconocer la pensión de vejez, así como el retroactivo pensional a que haya lugar a partir del día siguiente de la última cotización, más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 30 de mayo de 1958, así como que para el 1º de abril de 1994 se encontraba afiliado al sistema general de pensiones en el extinto ISS.

Que la AFP PORVENIR S.A. lo trasladó con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 1º de junio de 2002, sin informarle sobre las desventajas que le podría acarrear dicho traslado al régimen privado, no se le entregó ninguna proyección de cálculo actuarial con el fin de determinar cuál era la mesada pensional que le sería otorgada.

De otro lado, indicó que el extinto ISS en su momento no le suministró asesoría alguna antes de trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como tampoco una proyección pensional, situaciones todas por la que es notoria la falta de asesoría al deber de información en cabeza de las encartadas.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. contestó la demanda indicando que el traslado realizado por el actor con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de sus dependencias goza de plena validez, dado que se le informó acerca de las características que componían ambos regímenes pensionales, con la finalidad de que el mismo tomara una decisión libre y voluntaria acerca del traslado efectuado.

Propuso las excepciones 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.

COLPENSIONES arguyó en su contestación no ser procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre el actor y la AFP PORVENIR S.A. es nulo y/o ineficaz, toda vez que dentro del presente proceso obran medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por el accionante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado suministró la totalidad de la información en forma clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía trasladarse del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Formuló como medios exceptivos los denominados prescripción, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, inexistencia del derecho y de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 2 de octubre de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción, propuestas por las demandadas, según los argumentos expuestos en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR QUE EL TRASLADO del señor WILSON ANTONIO ARÉVALO GALINDO identificado con la C.C. 19.322.795, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, traslado efectuado a través de la APF Horizonte S.A., hoy PORVENIR S.A., fue ineficaz, y por consiguiente no produjo efectos jurídicos, lo anterior según lo expuesto.

TERCERO: DECLARAR que el demandante señor ARÉVALO GALINDO, se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y que COLPENSIONES, tiene la obligación legal de validar el retorno del demandante, y mantenerlo en ese régimen sin solución de continuidad, según las consideraciones expuestas.

CUARTO: ORDENAR a PROVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES todos los valores que conforman la cuenta de ahorro individual del demandante en esa entidad, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, traslados de dineros efectuados por otras AFP's, bonos pensionales, todo lo anterior con sus frutos y rendimientos, debiendo devolver además los gastos y comisiones de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima, valores estos que deberán ser devueltos debidamente indexados y con cargo a su propio patrimonio, según lo expuesto en precedencia.

QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de fondos que efectúe en favor del demandante PORVENIR S.A., y a convalidarlos en su historia laboral, debiendo desplegar todas las actuaciones administrativas tendientes a obtener la devolución en su integridad de los conceptos y valores que conforman la cuenta de ahorro del demandante en PORVENIR S.A.

SEXTO: ABSTENERSE de estudiar el derecho pensional solicitado, sin embargo, SE ORDENA a COLPENSIONES que una vez se materialice el retorno de los aportes y PORVENIR S.A., ponga a disposición de COLPENSIONES estos dineros, proceda a estudiar el derecho pensional en el marco normativo que reclame y que invoque el demandante.

SÉPTIMO: CONDENAR EN COSTAS a las demandadas en proporción del 80%. En firme esta providencia, por Secretaría, practíquese la liquidación, incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una, por valor de \$1'000.000 M/Cte., lo anterior según lo indicado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

OCTAVO: SE DISPONE LA CONSULTA de esta sentencia a favor de COLPENSIONES.”

Para arribar a dicha conclusión, refirió el *a-quo* en inicio que el actor a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no era beneficiario del régimen de transición a razón de la densidad de semanas cotizadas y la edad pues tan solo ostentaba 36 años, de allí que no tuviese una expectativa para alcanzar una pensión en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Además, expuso que del examen del formulario de traslado de régimen que realizara a través de PORVENIR S.A. no se podía colegir que se hubiese brindado al actor una información clara y suficiente ni que haya sido ilustrado sobre las ventajas y desventajas del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues de haber ahondado en ello, seguramente habría desanimado al demandante de trasladarse de régimen, deber de información que fue consagrado desde la expedición de la Ley 100 de 1993.

Seguidamente, refirió que del acervo probatorio allegado al trámite procesal, no se podía concluir que al demandante se le hubiese brindado una información clara y veraz al momento del traslado, incumpliendo así el fondo de pensiones privado con dicha carga probatoria, precisando que en el *sub-lite* lo que procede no es la nulidad del traslado sino la ineficacia del mismo ante la falta de información, tal como lo ha señalado de manera reiterada la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en consecuencia, ordenó la devolución de las sumas correspondientes a cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales con sus frutos, intereses y rendimientos según lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, además ordenó devolver los gastos de administración, los bonos pensionales, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima, valores que deberán ser devueltos debidamente indexados con cargo al propio patrimonio de la AFP PORVENIR S.A.

En lo que respecta al derecho pensional de vejez perseguido en el *petitum*, consideró el fallador de instancia no ser posible imponer a COLPENSIONES el reconocimiento de una prestación pensional, pues tal obligación únicamente surgiría en el momento en que se materialice el retorno del actor al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y PORVENIR S.A. a su vez haya trasladado la totalidad de los dineros que conforman la cuenta de ahorro individual, por lo que absolvió sobre este aspecto.

Por último, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, entre ellas, las de inexistencia del derecho y la obligación, buena fe prescripción.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. la apeló. Argumentó en su alzada que de conformidad con el interrogatorio de parte rendido por el demandante, el mismo confesó que ningún asesor de la entonces AFP HORIZONTE le suministró alguna información al momento del traslado, sino que dicho traslado sucedió a razón de que el empleador le puso de presente el formulario de afiliación para el cambio de régimen pensional; circunstancia por la cual, debe tenerse en cuenta precisamente la falta de existencia de un asesor y, en tal sentido, no puede endilgársele responsabilidad alguna, máxime si se tiene en cuenta que de conformidad con lo establecido en el artículo 112 de la Ley 100 de 1993, como administradora pensional no puede rehusarse a aceptar las afiliaciones en la medida que iría en contravía de los derechos fundamentales a la seguridad social.

Seguidamente, expuso resultar improcedente la devolución a COLPENSIONES lo referente a gastos de administración, seguros previsionales, entre otros rubros debidamente indexados, como quiera que según los preceptos del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, se encontraba habilitada para descontar un 3% de los aportes pensionales al actor, generándose inclusive una rentabilidad en sus aportes, sumado a que, en los términos del artículo 108 de la misma

norma, como fondo pensional debe adquirir una póliza de aseguramiento tal como ocurrió en el presente asunto, por lo que al ser prestaciones económicas con una destinación legal y sin que dichos rubros se encuentren actualmente en su patrimonio, sería imposible retornarlos al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, tópico que al mismo tiempo constituiría un enriquecimiento sin justa causa ante el doble pago que se le llegase a efectuar a COLPENSIONES.

Adujo que los gastos de administración y seguros previsionales no hacen parte de la cuenta de ahorro individual del demandante, de allí que son susceptibles del fenómeno prescriptivo.

COLPENSIONES por su parte argumentó en su alzada que, con la declaratoria de ineficacia y la condena en costas se le están vulnerando derechos procesales en calidad de tercera de buena fe, ya que como entidad no tuvo injerencia en el traslado que efectuara el demandante con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Asimismo, resaltó que con la condena impuesta se ve afectado el principio de sostenibilidad financiera, en la medida que se produce un detrimento patrimonial del régimen común.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, 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 que realizó el demandante.

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, 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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, 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*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 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 fue aportado el formulario de afiliación que efectuara el demandante por intermedio de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 4 de abril de 2002 (Fl. 41 – PDF 02 DEMANDA ANEXOS y fl. 94 – PDF 05 CONTESTACIÓN DEMANDA PORVENIR S.A.), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“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 pre-impresos, 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, el aquí demandante señor WILSON ANTONIO ARÉVALO S.A. en el interrogatorio de parte a él practicado no confesó que se le hubiese brindado una asesoría ajustada a derecho, incluidas las implicaciones, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, y otras situaciones de asesoría que entendiera de manera fehaciente la total información suministrada, sin advertirle características propias incluso del mismo Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como la cuenta de ahorro

individual, aportes voluntarios, modalidades por vejez dentro del régimen privado, el derecho de retracto, etc.

De allí que se pueda colegir la notoria falta de información por parte de PORVENIR S.A. por cuanto no se obtuvo confesión alguna de la debida asesoría al tenor de los preceptos emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, carga probatoria que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

En este punto, pertinente es indicar que resulta improcedente que PORVENIR S.A. exponga como medio defensivo que no participó en la afiliación del demandante en la medida que ningún asesor de sus dependencias estuvieron al momento del traslado, como quiera que, es precisamente dicho aspecto el que constituye una notoria desinformación del fondo pensional para con el demandante, situación que a la luz de la doctrina del órgano de cierre, es el óbice para la configuración de los aspectos que conducen a la ineficacia del traslado en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

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	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes



	Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, 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	pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un 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 a la actora 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 al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP PORVENIR S.A. no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen del promotor.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

“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, es 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.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera respecto de COLPENSIONES, debe indicarse que, al declararse la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, 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 gastos de administración a COLPENSIONES,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“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 las AFP tienen 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 han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual, luego, por lo que al retornarse las contingencias referidas, evidente es que existe satisfecho un financiamiento como consecuencia de una posible prestación a la demandante.

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”.*

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1019-2022, Radicación No. 87915 del 16 de marzo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

*“Por ello se procederá a Condenar a Old Mutual SA hoy Skandia, a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los **gastos de administración, comisiones, 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.** 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.*

*Paralelamente, se ordenará a Porvenir SA devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por **gastos de administración, comisiones 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,** durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

Posición que ha sido reiterada por esa Alta Corporación en sentencia SL5047-2021, Radicación No. 83777 del 25 de octubre del 2021 en la que se indicó lo siguiente:

*“Se modificará el numeral segundo de la misma providencia, en el sentido de que tanto Colfondos S. A. como Porvenir S. A. deberán trasladar a Colpensiones todos los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la accionante, junto con sus rendimiento, bonos pensionales, incluidos **los gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos conceptos con cargo***



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

a sus propios recursos, por el tiempo en que permaneció inscrita en cada administradora, debidamente indexados” (Subrayado por la Sala)

De lo anterior, dimana con claridad que la decisión de primer grado habrá de confirmarse en su integridad sobre este aspecto.

Por último, en el recurso de alzada interpuesto por COLPENSIONES solicita la absolución de las costas procesales. Para lo correspondiente, 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.

Al respecto, 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”.

De esa forma, al haber sido evidente que COLPENSIONES es el administrador del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, así como al habersele impuesto ciertas órdenes a razón de la ineficacia del traslado, es palmario que deba imponérsele esta condena, adicional a que en la contestación de la demanda la referida encartada se opuso a las pretensiones de la demanda.



COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES como quiera que los recursos de apelación no gozaron con vocación de prosperidad en cuanto a no declarar la ineficacia de la afiliación aquí deprecada.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000 para cada una de ellas y a favor de la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado
ACLARO VOTO

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

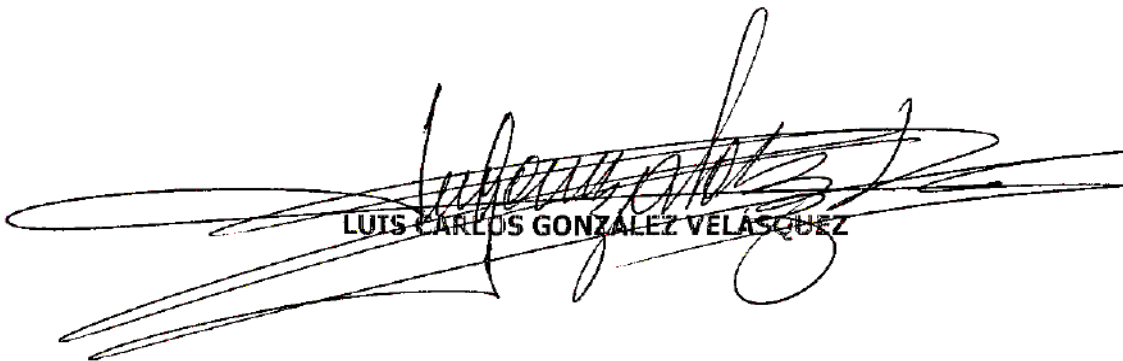
**PROCESO ORDINARIO LABORAL No 17 2022 00196 01 DE WILSON
ANTONIO ARÉVALO GALINDO contra COLPENSIONES y PORVENIR
S.A.**

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 12 de diciembre de los corrientes.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó la actora al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar a la demandante válidamente vinculada al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 20 2023 00099 1
Demandante: DORA INÉS PARRA URREGO
Demandados: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de PORVENIR S.A. a la abogada VANESSA GÓMEZ QUINTERO, identificada con cédula de ciudadanía 1.032.509.355 y T.P. 409.053 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder a ella conferido.

En igual sentido, se reconoce personería en representación de COLPENSIONES al abogado JAIME ANDRÉS ZULUAGA CASTAÑO, identificado con cédula de ciudadanía 1.053.806.084 y T.P. 287.279 del C. S. de la Judicatura, bajo los apremios del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 19 de septiembre de 2023 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, 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 adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora DORA INÉS PARRA URREGO promovió demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin de declararse la ineficacia del traslado efectuada del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de la referida PORVENIR S.A., acto que se llevase a cabo el 1º de mayo de 1999.

Por tal razón, se declare que para todos los efectos legales nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, por lo mismo, siempre permaneció afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

En forma subsidiaria, solicita la declaratoria de nulidad de la afiliación en el régimen privado.

Como pretensiones de carácter condenatorio, solicita que se le ordene a PORVENIR S.A. trasladar con destino a COLPENSIONES todos los valores recaudados por concepto de aportes pensionales con sus respectivos rendimientos desde la fecha en que se produzca la ineficacia hasta el último aporte allí cotizado, junto con el traslado de toda la información obtenida a través de las planillas de autoliquidación de aportes y que constituyen su historia laboral.

Asimismo, se le ordene a COLPENSIONES actualizar la información en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, así como recibir y registrar en la base de datos la información correspondiente a los aportes que le sean entregados por parte de PORVENIR S.A.

En últimas, se le ordene a PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES las sumas de dinero percibidas por concepto de gastos de administración y cuotas de seguros previsionales en forma indexada, el pago de costas procesales respecto de ambas encartadas y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 12 de septiembre de 1960, afiliándose al sistema general de pensiones el 11 de abril de 1980 por intermedio del extinto ISS.

Expuso que sin recibir información necesaria y una debida asesoría en lo que atañe a las explicaciones sobre las diferencias en los regímenes pensionales establecidos en la Ley 100 de 1993, suscribió el 1º de mayo de 1999 formulario de traslado con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de la AFP PORVENIR S.A.

Mencionó que la AFP PORVENIR S.A. al momento de obtener su firma en el formulario de afiliación, no le suministró la asesoría necesaria e información suficiente, cierta, transparente, clara y comparativa que le permitiera decidir libremente sin vicio alguno en su consentimiento, por la opción de traslado de régimen pensional.

En igual sentido, adujo que tampoco se le efectuó una proyección pensional en ambos regímenes pensionales, no se le comunicaron las ventajas y desventajas de los mismos, entre otros aspectos de desinformación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. contestó la demanda indicando que el traslado realizado por el actor con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de sus dependencias goza de plena validez, dado que se le informó acerca de las

características que componían ambos regímenes pensionales, con la finalidad de que el mismo tomara una decisión libre y voluntaria acerca del traslado efectuado.

Propuso las excepciones 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.

COLPENSIONES arguyó en su contestación no ser procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre el actor y la AFP PORVENIR S.A. es nulo y/o ineficaz, toda vez que dentro del presente proceso obran medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por el accionante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado suministró la totalidad de la información en forma clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía trasladarse del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Formuló como medios exceptivos los denominados errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones de la seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 19 de septiembre de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

*Individual con Solidaridad, efectuado por la señora **DORA INES PARRA URREGO** a la **AFP PORVENIR** el 17 de marzo de 1999 conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.*

SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora de la demandante **DORA INES PARRA URREGO** para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES** como actual y única entidad administradora del RPM.

TERCERO: ORDENAR a la **AFP PORVENIR S.A** a **DEVOLVER** los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de LA afiliada **DORA INES PARRA URREGO**, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a **COLPENSIONES** y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

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

QUINTO: CONDENAR en costas a **COLPENSIONES** y **AFP PORVENIR S.A.** Tásense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a **TRES (3) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes**, pagaderos a cuota parte.

SEXTO: REMÍTASE el proceso al superior para que se surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA.**”

Para arribar a dicha conclusión, el operador de instancia estimó que, según la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, cuando no se cumple el presupuesto de la información, lo que procede es la ineficacia del traslado, ello en consonancia con lo establecido en los artículos 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, frente a lo cual la Corte Suprema de Justicia, precisó que es a la AFP PORVENIR S.A. al tenor del artículo 167 del C.G.P., a quien le corresponde probar el haber suministrado a la demandante una debida información, situación que no logró auscultar dentro del plenario.

Por tal razón, ordenó a PORVENIR devolver a COLPENSIONES los aportes pensionales de la demandante, junto con los rendimientos financieros causados y los bonos pensionales si los hubiera.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En cuanto a los gastos de administración, incluido el seguro previsional, el *a-quo* refirió que dichos conceptos no deben ser objeto de retorno, por cuanto están establecidos para ambos regímenes pensionales, se causan en las fechas de afiliación de cada trabajador o trabajadora a uno u otro fondo, y el seguro previsional protegió a la afiliada contra los riesgos de invalidez y muerte, absteniéndose de imponer condena en tal sentido. Declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a las accionadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Argumentó en su alzada que el demandante al momento del traslado contaba con la capacidad suficiente para tener conocimiento sobre lo que estaba firmando.

Que como entidad cada una de las actuaciones llevadas a cabo fueron de buena fe, así como que la inconformidad de la ineficacia del traslado se basa única y exclusivamente en razón al cumplimiento del deber legal contenido en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, ello en virtud a que, como entidad del Estado no puede reconocer derechos y prerrogativas por mera liberalidad puesto que la Constitución Política así lo regula, tópico que a su vez conllevaría a la vulneración de la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones de los demás afiliados.

Por último, solicitó la revocatoria de la condena en costas por cuanto arguye no adeudar suma alguna a la aquí demandante.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, 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 que realizó la demandante.

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 la 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, 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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, 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”*.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 fue aportado el formulario de afiliación que efectuara la demandante por intermedio de la AFP PORVENIR S.A. el 17 de marzo de 1999 (Fl. 31 – PDF 04 CONTESTACIÓN DEMANDA PORVENIR S.A.), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“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 pre-impresos, 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, la aquí demandante señora DORA INÉS PARRA URREGO en el interrogatorio de parte a ella practicado no confesó que se le hubiese brindado una asesoría ajustada a derecho, incluidas las implicaciones, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, y otras situaciones de asesoría que entendiera de manera fehaciente la total información suministrada, sin advertirle características propias incluso del mismo Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como la cuenta de ahorro

individual, aportes voluntarios, modalidades por vejez dentro del régimen privado, el derecho de retracto, etc.

De allí que se pueda colegir la notoria falta de información por parte de PORVENIR S.A. por cuanto no se obtuvo confesión alguna de la debida asesoría al tenor de los preceptos emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, carga probatoria que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Lo anterior, inclusive se acompasa en el hecho que del interrogatorio de parte rendido por el Representante Legal de PORVENIR S.A., el mismo adujo que el único documento de carácter documental que evidencia la afiliación de la demandante en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ante sus dependencias es el formulario de afiliación, aspecto que como lo adujo el órgano de cierre, no resulta ser prueba suficiente que demuestre la información ajustada para que se adoptara la decisión de dicho traslado.

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



	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	a conocer la existencia de un 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 a la actora para el año 1999, 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 al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP PORVENIR S.A. no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen del promotor.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración que absolviera el fallador de instancia, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

“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, es 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.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera respecto de COLPENSIONES, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión 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 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 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,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 las AFP tienen 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 han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual, luego, por lo que al retornarse las contingencias referidas, evidente es que existe satisfecho un financiamiento como consecuencia de una posible prestación a la demandante.

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”.*

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.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1019-2022, Radicación No. 87915 del 16 de marzo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

*“Por ello se procederá a Condenar a Old Mutual SA hoy Skandia, a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los **gastos de administración, comisiones, 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.** 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.*

*Paralelamente, se ordenará a Porvenir SA devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por **gastos de administración, comisiones 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,** durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

Posición que ha sido reiterada por esa Alta Corporación en sentencia SL5047-2021, Radicación No. 83777 del 25 de octubre del 2021 en la que se indicó lo siguiente:

*“Se modificará el numeral segundo de la misma providencia, en el sentido de que tanto Colfondos S. A. como Porvenir S. A. deberán trasladar a Colpensiones todos los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la accionante, junto con sus rendimiento, bonos pensionales, incluidos **los gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos conceptos con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que permaneció inscrita en cada administradora, debidamente indexados**” (Subrayado por la Sala)*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De lo anterior, dimana con claridad que la decisión de primer grado habrá de confirmarse en lo que atañe a la prosperidad de la ineficacia del traslado que realizó la demandante con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

No obstante lo anterior, la sentencia de primera instancia habrá de revocarse parcialmente, para en su lugar ordenar a PORVENIR S.A. que también devuelva con destino a COLPENSIONES lo referente a los gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, rubros que habrán de retornarse de manera indexada de conformidad con las consideraciones expuestas, máxime si se tiene en cuenta que el presente asunto también se estudia en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última entidad pensional.

Por último, en el recurso de alzada interpuesto por COLPENSIONES solicita la absolución de las costas procesales. Para lo correspondiente, 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.

Al respecto, 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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”.

De esa forma, al haber sido evidente que COLPENSIONES es el administrador del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, así como al habersele impuesto ciertas órdenes a razón de la ineficacia del traslado, es palmario que deba imponérsele esta condena, adicional a que en la contestación de la demanda la referida encartada se opuso a las pretensiones de la demanda.

COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES como quiera que el recurso de apelación no gozó con vocación de prosperidad en cuanto a no declarar la ineficacia de la afiliación aquí deprecada.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral cuarto de la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de ordenar a PORVENIR S.A. que, además de la devolución con destino a COLPENSIONES de las cotizaciones pensionales, rendimientos financieros y los bonos pensionales a que hubiere lugar como consecuencia de la declaratoria de ineficacia de traslado de la demandante señora DORA INÉS PARRA URREGO en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, retorne también lo atinente a los gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, últimos debidamente indexados de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.



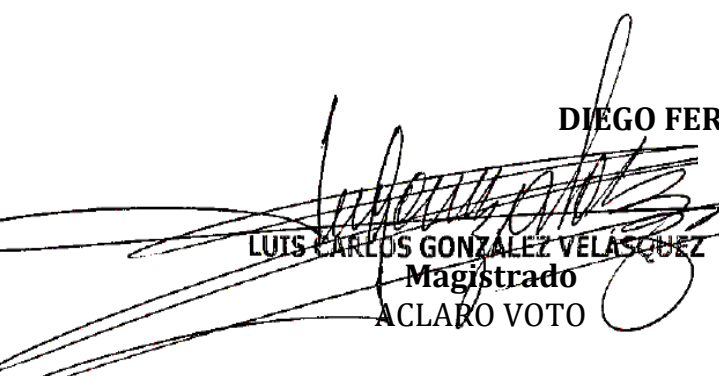
República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

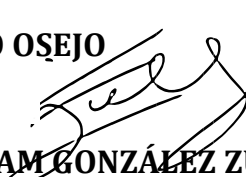
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente COLPENSIONES.
Se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a favor de la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado
ACLARO VOTO


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

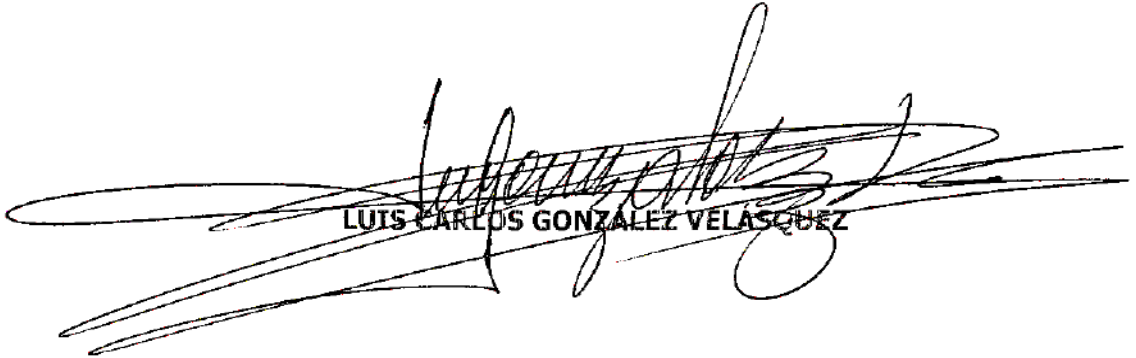
**PROCESO ORDINARIO LABORAL No 20 2023 00099 01 DE DORA INÉS
PARRA URREGO contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 12 de diciembre de los corrientes.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó la actora al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar a la demandante válidamente vinculada al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

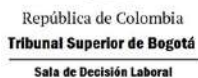
Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral



Ordinario Laboral	1100131050 28 2021 00355 02
Demandante:	EDSON RAÚL CORTES FERRER
Demandados:	COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.
Magistrado Ponente:	DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

SENTENCIA:

Igualmente, 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 adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor EDSON RAÚL CORTES FERRER promovió demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A., a fin de declararse la ineficacia del traslado efectuado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad inicialmente por intermedio de la referida AFP PROTECCIÓN S.A.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

el 1º de marzo de 1996, sin haber recibido la información sobre los derechos, beneficios, desventajas y diferencias existentes entre ambos regímenes pensionales, al igual que se declare la ineficacia de los distintos traslados horizontales llevados a cabo dentro del régimen privado, por lo que, para todos los efectos legales ha permanecido afiliado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

Que en forma subsidiaria se declare la nulidad del traslado que efectuase con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Por consiguiente, se le ordene a SKANDIA S.A., actual AFP donde se encuentra afiliado en el Régimen de Ahorro Individual, trasladar a COLPENSIONES los dineros recaudados por concepto de aportes pensionales y sus rendimientos, desde la fecha de ineficacia del traslado hasta el último aporte o ciclo de cotización realizado y acreditado en su cuenta de ahorro individual, así como que traslade toda la información obtenida a través de las planillas de autoliquidación de aportes que constituye su historia laboral.

Asimismo, se le condene a COLPENSIONES anular el registro de traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, recibiendo y registrando en las bases de datos la información correspondiente a los aportes que le sean entregados por SKANDIA S.A.

Que se le condene a PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A., devolver a COLPENSIONES las sumas de dinero percibidas por concepto de gastos de administración debidamente indexados por el periodo de permanencia en cada AFP demandada.

Por último, se les condene a las demandas al pago de costas procesales y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 19 de diciembre de 1963, afiliándose al sistema general de pensiones el 20 de marzo de 1985 a través del extinto ISS.

Que sin recibir la información necesaria y debida asesoría en lo que atañe a las explicaciones de los regímenes pensionales existentes, suscribió formulario de afiliación con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PROTECCIÓN S.A. con fecha de efectividad a partir del 1º de marzo de 1996.

Expuso que PROTECCIÓN S.A. no le suministró al momento de la suscripción del formulario de afiliación la asesoría necesaria e información suficiente, cierta, transparente, clara y comparativa para decidir libremente sin vicio alguno en su consentimiento su traslado de régimen pensional, sumado al hecho que no se le llevó a cabo una proyección del monto o valor de la mesada pensional que recibiría en ambos regímenes pensionales, como tampoco las diferentes modalidades pensionales.

Que no se le asesoró acerca de las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales existentes, al igual que efectuó distintos traslados horizontales a través de PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A., sin que dichas AFP tampoco suministraran la información de su cargo.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

SKANDIA S.A. contestó la demanda indicando que el traslado realizado por el demandante ante sus dependencias, fue óbice de habersele proporcionado información suficiente respecto de las características, implicaciones, beneficios, y desventajas de permanecer afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ello por cuanto el actor realizó un traslado horizontal entre administradoras del mismo régimen. Así las cosas, en virtud de la información proporcionada, el señor EDSON RAÚL CORTES FERRER suscribió el formulario de afiliación de manera libre, voluntaria e informada.

Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación.

PORVENIR S.A. por su parte refirió en su contestación que la afiliación del demandante ante sus dependencias fue producto de su voluntad y decisión libre e informada, después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, el funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y sus condiciones pensionales, razón por la cual el traslado se considera válido dentro de los términos establecidos en la ley de acuerdo con el artículo 60 de la Ley 100 de 1993, en el cual se especifican las características del régimen.

Interpuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

COLPENSIONES mencionó en su contestación que el traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se encuentra ajustado a los preceptos de que trata el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicional a que el actor tuvo traslados horizontales entre AFP, lo que configura una ratificación tácita del traslado.

Impetró las excepciones de inexistencia afectación por protección judicial SL373-2021, perfeccionamiento de los actos de relacionamiento, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento de la nulidad, protección de sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad y la innominada o genérica.

En lo que respecta a PROTECCIÓN S.A., se le tuvo por no contestada la demanda por no allegar contestación alguna.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 23 de octubre de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor EDSON RAUL CORTES FERRER, al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 1° de NOVIEMBRE de 1997, por intermedio de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLMENA 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 consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SKANDIA S.A., a trasladar los aportes pensionales o cotizaciones contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor EDSON RAUL CORTES FERRER identificado con C.C. 79.295.725, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, junto con las sumas recibidas por bonos pensionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexado, discriminando con sus respectivos valores el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante con cargo a sus propios recursos, y con destino a COLPENSIONES.

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

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

QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de todas las demandadas. Se señalan como agencias en derecho la suma de \$800.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la parte actora. Adicional a las costas a cargo de SKANDIA S.A., debe adicionarse la suma de \$500.000 por concepto de costas impuestas por el Tribunal Superior de Bogotá, en auto del 28 de abril de 2023.

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

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* expuso que estaba probado que el actor estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hasta el momento en que se produjo el traslado pensional con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por

intermedio de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. el cual fue efectivo a partir del 1º de noviembre de 1997. Que adicionalmente, el actor tuvo traslados horizontales dentro del mismo régimen privado a través de PORVENIR S.A. a partir del 1º de diciembre de 1997 y con SKANDIA S.A. desde el 1º de marzo de 2003, última donde se encuentra afiliado en la actualidad.

De otro lado, expuso que el presente caso debe abordarse bajo la institución de la ineficacia según lo normado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y los postulados jurisprudenciales emanados de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

Acorde con lo anterior, sostuvo que a la AFP le corresponde la carga de acreditar la información suministrada para efectuar el traslado de régimen, esto es, si brindó una información veraz, completa y oportuna, diferenciando entre uno y otro régimen, así como las ventajas y desventajas, a efectos de garantizar la libertad de elección al potencial afiliado.

Teniendo en cuenta lo anterior, al analizar los medios de prueba aportados al proceso, concluyó que no se demostró el deber de información por parte de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., pues en el interrogatorio de parte que depuso el demandante, no manifestó el haber recibido tal información, luego, no se cumplió con dicha carga probatoria por parte del citado fondo, lo cual no se puede colegir del formulario de afiliación que suscribió al trasladarse de régimen, lo que conllevó a la declaratoria de la ineficacia del traslado, dado que el acto de traslado no puede subsanarse ante la falta de información como la nulidad.

En esa medida, dispuso la consecuencial devolución a COLPENSIONES de los emolumentos causados en virtud de dicho acto jurídico por parte de SKANDIA S.A. dado que es la administradora en la cual se encuentra afiliado el actor, como lo son los aportes pensionales, cotizaciones contenidas en la cuenta de ahorro individual, con todos sus frutos e intereses sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia,

junto con las sumas recibidas por bonos pensionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexado, con cargo a sus propios recursos y con destino a COLPENSIONES, teniendo esta última que activar la afiliación del señor EDSON RAÚL CORTES FERRER al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y proceder a actualizar su historia laboral.

Además, declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a las demandadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión SKANDIA S.A. la apeló. Argumentó en su alzada encontrar inconformidad en lo que atañe a la devolución de gastos de administración y primas de seguros previsionales toda vez que, como administradora pensional del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no fue la que realizó el traslado primigenio al demandante, así como que se ha encontrado legitimada para descontar el 3% de los aportes efectuados mes a mes.

Que en igual sentido, el referido 3% se hubiese descontado independientemente del régimen pensional donde estuviese vinculado el demandante en virtud de que se trata de un precepto legal, máxime si dichos rubros no son objetos de financiación de la eventual prestación económica de vejez que le sea reconocida al actor en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

De otro lado, arguyó que la figura utilizada para el traslado del actor es la ineficacia, la cual es revertir en el tiempo a su estado original como si nunca hubiese estado afiliado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de allí que las AFP no se encuentran en la obligación de retornar unos rendimientos, sino únicamente de los rendimientos ocasionales.

COLPENSIONES adujo en su alzada que no yace prueba donde se evidencie que al demandante se le indujo en los vicios del consentimiento por parte de las AFP demandadas, adicional al hecho que la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se llevó a cabo conforme a derecho pues el señor EDSON RAÚL CORTÉS FERRER eligió el fondo privado de forma libre y voluntaria suscribiendo los distintos formularios de afiliación.

Al unísono, indicó que debe tenerse en cuenta el condicionamiento previsto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, 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 que realizó el demandante.

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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, 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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, 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 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 si bien no fue aportado el formulario de afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., lo cierto es que de la consulta del SIAFP emitida por ASOFONDOS, sea precia que



el demandante llevó a cabo dicho traslado el 2 de septiembre de 1997. Adicionalmente, fueron aportados los formularios de afiliación que efectuara el actor con destino a PORVENIR S.A. el 2 de octubre de 1997 y a SKANDIA S.A. el 3 de enero de 2003, última donde el señor EDSON RAÚL CORTÉS FERRER se encuentra afiliado (fl. 18 – PDF 08 CONTESTACIÓN SKANDIA S.A. y fls. 65 a 67 – PDF 10 CONTESTACIÓN PORVENIR S.A.), formularios que, si bien refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acreditan que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“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 pre-impresos, 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, el aquí demandante señor EDSON RAÚL CORTES FERRER en el interrogatorio de parte a él practicado no confesó que se le hubiese brindado una asesoría ajustada a derecho, incluidas las implicaciones, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, y otras situaciones de asesoría que entendiera de manera fehaciente la total información suministrada, sin advertirle características propias incluso del mismo Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como la cuenta de ahorro individual, modalidades por vejez dentro del régimen privado, el derecho de retracto, etc.

De allí que se pueda colegir la notoria falta de información por parte de PROTECCIÓN S.A. por cuanto no se obtuvo confesión alguna de la debida asesoría al tenor de los preceptos emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, carga probatoria que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.



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, 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	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
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	Ley 1748 de 2014	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

consejo y doble asesoría.	Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	de ambos regímenes pensionales.
---------------------------	--	---------------------------------

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1997, 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 a la falladora de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP PROTECCIÓN S.A. no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen del promotor.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

“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:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“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 aparea 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, es 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.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera respecto de COLPENSIONES, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, 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 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 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 las AFP tienen 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 han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual, luego, por lo que al retornarse las contingencias referidas, evidente

es que existe satisfecho un financiamiento como consecuencia de una posible prestación a la demandante.

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”.*

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.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1019-2022, Radicación No. 87915 del 16 de marzo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

*“Por ello se procederá a Condenar a Old Mutual SA hoy Skandia, a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los **gastos de administración, comisiones, 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.** 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.*

*Paralelamente, se ordenará a Porvenir SA devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por **gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el***



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Posición que ha sido reiterada por esa Alta Corporación en sentencia SL5047-2021, Radicación No. 83777 del 25 de octubre del 2021 en la que se indicó lo siguiente:

*“Se modificará el numeral segundo de la misma providencia, en el sentido de que tanto Colfondos S. A. como Porvenir S. A. deberán trasladar a Colpensiones todos los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la accionante, junto con sus rendimiento, bonos pensionales, incluidos **los gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos conceptos con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que permaneció inscrita en cada administradora, debidamente indexados**” (Subrayado por la Sala)*

De lo anterior, dimana con claridad que no erró la *a quo* en la decisión de primera instancia. Sin embargo, encuentra la Sala la necesidad de aclarar la sentencia, en el sentido de indicar que la indexación procede exclusivamente respecto de los conceptos de gastos de administración, primas por seguros previsionales de sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos.

Por otro parte, también deberá adicionarse la sentencia primigenia en el sentido de indicarse que PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. deberán trasladar a COLPENSIONES todos los valores depositados en la cuenta de ahorro individual del actor, junto con sus rendimientos, bonos pensionales, incluidos los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos conceptos con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que permaneció inscrito en cada administradora, debidamente indexados.



COSTAS en esta instancia a cargo de SKANDIA S.A. y COLPENSIONES como quiera que los recursos de apelación no gozaron con vocación de prosperidad en cuanto a no declarar la ineficacia de la afiliación aquí deprecada.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA 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: ACLARAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que la indexación que debe efectuar la AFP SKANDIA S.A. con cargo a sus propios recursos procede exclusivamente respecto de los conceptos de gastos de administración, primas por seguros previsionales de sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **ORDENAR** a PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. trasladar con destino a COLPENSIONES todos los valores depositados en la cuenta de ahorro individual del actor, junto con sus rendimientos, bonos pensionales, incluidos los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos conceptos con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que permaneció inscrito en cada administradora, debidamente indexados.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

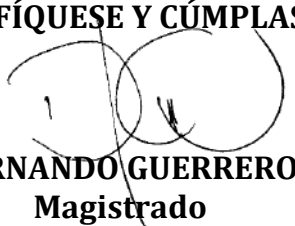
CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes SKANDIA S.A. y COLPENSIONES. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000 para

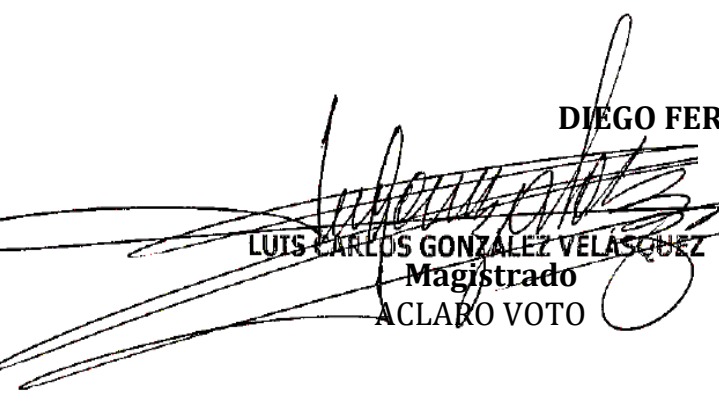


República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

cada una de ellas y a favor de la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado
ACLARO VOTO


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

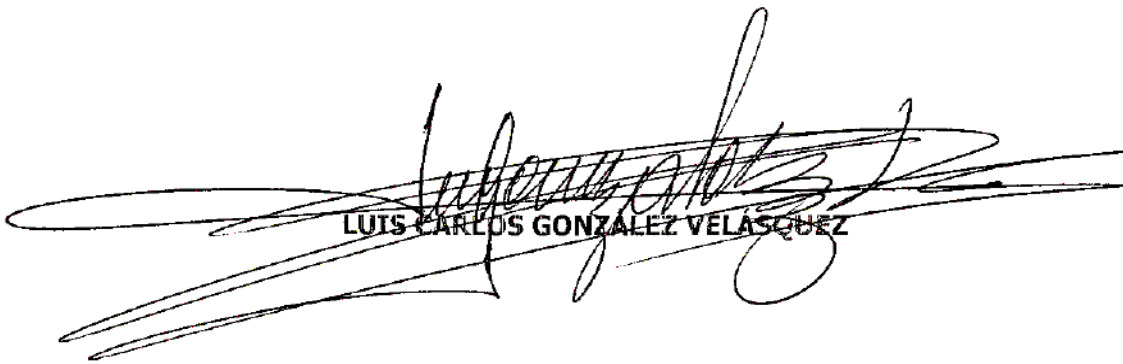
PROCESO ORDINARIO LABORAL No 28 2021 00355 01 DE EDSON RAÚL CORTÉS FERRER contra COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 12 de diciembre de los corrientes.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó la actora al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar a la demandante válidamente vinculada al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 **28 2022 00214 1**
Demandante: JAIRO SÁNCHEZ VILLAMIZAR
Demandados: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 7 de noviembre de 2023 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, 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 adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JAIRO SÁNCHEZ VILLAMIZAR promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin de declararse que la referida AFP PORVENIR S.A. faltó al deber de informar en forma clara, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto de las implicaciones que tendría el cambio al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, en general, las prestaciones que allí obtendría, los riesgos, beneficios y desventajas.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Como consecuencia de lo anterior, se declare la ineficacia del traslado realizada del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A., así como que los subsiguientes traslados entre administradoras privadas no produjeron efecto alguno, de allí que para los efectos legales en todo momento ha permanecido afiliado en el régimen público sin solución de continuidad.

Asimismo, se ordene a PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES todas las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros y devolución de los gastos de administración que se le han descontado durante todo el tiempo de permanencia en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, al igual que se le ordene a COLPENSIONES reactivar su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, recibiendo las contingencias provenientes de la AFP PORVENIR S.A.

En últimas, que se condene a las demandadas al pago de costas procesales y lo resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que estuvo afiliado al extinto ISS desde el inicio de su vida laboral que lo fue a partir del año 1994, cotizó en diversas empresas.

Seguidamente, mencionó que a razón de una campaña de desinformación por parte de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., firmó formulario de traslado con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el cual se hizo efectivo a partir del mes de octubre de 1994, sin habersele suministrado información concreta y veraz de las reales consecuencias que conllevaría su decisión de traslado, tales como que no se le explicó la naturaleza propia del régimen privado, sus características y la diferencia entre ambos regímenes pensionales, ventajas y desventajas.

Asimismo, expuso que al momento del traslado no se le informó acerca de cuáles eran las condiciones que tenía que cumplir en ambos regímenes pensionales para acceder a la pensión de vejez, invalidez o muerte, el monto

de la mesada pensional ni el capital que debía acumular, entre otros aspectos de desinformación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, argumentando para lo pertinente que de la afiliación realizada por el actor dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se llevó a cabo en virtud de su libertad de escogencia de régimen y no a una nulidad por vicios en el consentimiento como se viene alegando, sumado al hecho que, no se evidencia por parte de la AFP PORVENIR S.A. engaño alguno, o acto que evidencie motivo para que se declare el traslado como ineficaz.

Propuso las excepciones de validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, saneamiento de una presunta nulidad, solicitud de traslado de gastos de administración, prescripción, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratorias de otras excepciones.

PORVENIR S.A. expuso en su contestación que al demandante en todo momento se le brindó una información clara, precisa, veraz y suficiente sobre el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sus características, funcionamiento, ventajas, desventajas y las condiciones para acceder a la pensional en dicho régimen; por tanto, el señor JAIRO SÁNCHEZ VILLAMIZAR trasladó a HORIZONTE el 11 de octubre de 1994 una vez recibió la información transparente y necesaria, lo que le permitió compararla con el conocimiento que tenía del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, para así tomar la mejor decisión de acuerdo a sus intereses pensionales.

Formuló como medios exceptivos los denominados prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, restituciones mutuas y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 7 de noviembre de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor **JAIRO SÁNCHEZ VILLAMIZAR**, al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha **1° de NOVIEMBRE de 1994**, por intermedio de la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS HORIZONTE hoy PORVENIR 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 consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a trasladar los aportes pensionales o cotizaciones contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor **JAIRO SÁNCHEZ VILLAMIZAR identificado con C.C. 13.339.957**, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, junto con las sumas recibidas por bonos pensionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexado, discriminando con sus respectivos valores el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante con cargo a sus propios recursos, y con destino a **COLPENSIONES**.

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

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

QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de las demandadas. Se señalan como agencias en derecho la suma de \$1.500.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la parte actora.

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

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* expuso que estaba probado que el actor estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hasta el momento en que se produjo el traslado pensional con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de la AFP HORIZONTE y que fuese efectivo a partir del 1º de noviembre de 1994.

De otro lado, expuso que el presente caso debe abordarse bajo la institución de la ineficacia según lo normado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y los postulados jurisprudenciales emanados de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

Acorde con lo anterior, sostuvo que a la AFP le corresponde la carga de acreditar la información suministrada para efectuar el traslado de régimen, esto es, si brindó una información veraz, completa y oportuna, diferenciando entre uno y otro régimen, así como las ventajas y desventajas, a efectos de garantizar la libertad de elección al potencial afiliado.

Teniendo en cuenta lo anterior, al analizar los medios de prueba aportados al proceso, concluyó que no se demostró el deber de información por parte de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., pues en el interrogatorio de parte que depuso el demandante, no manifestó recibir tal información, luego, no se cumplió con dicha carga probatoria por parte del citado fondo, lo cual no se puede colegir del formulario de afiliación que suscribió al trasladarse de régimen, lo que conllevó a la declaratoria de la ineficacia del traslado, dado que el acto de traslado no puede subsanarse ante la falta de información como la nulidad.

En esa medida, dispuso la consecuencial devolución a COLPENSIONES de los emolumentos causados en virtud de dicho acto jurídico por parte de PORVENIR S.A. dado que es la administradora en la cual se encuentra afiliado el actor, como lo son los aportes pensionales, cotizaciones contenidas en la cuenta de ahorro individual, con todos sus frutos e intereses sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, junto con las sumas recibidas por bonos pensionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexado, con cargo a sus propios recursos y con destino a COLPENSIONES, teniendo esta última que activar la afiliación del señor JAIRO SÁNCHEZ VILLAMIZAR al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y proceder a actualizar su historia laboral.

Además, declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a las demandadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. la apeló. Argumentó en su alzada que no resulta procedente la devolución de las contingencias determinadas por la falladora de instancia debidamente indexadas, por cuanto, al tenor de los postulados emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, teniendo en cuenta que entre las AFP está el deber de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados, resulta incompatible y excluyente ordenar la indexación, en la medida que los recursos del actor no se han visto afectados por la inflación; por el contrario, se le han generado rendimientos superiores a los que se le hubiesen garantizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

En igual sentido, expuso que, de llegarse a ordenar la indexación de esos rubros, conllevaría a la aplicabilidad de una doble sanción ya que los rendimientos financieros generados al actor superan con creces la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

COLPENSIONES por su parte refirió en su alzada, arguyendo que se pretende invalidar un acto de afiliación en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que fue válido y que por demás produjo efectos jurídicos, adquiriendo por las partes derechos y obligaciones, sumado a que, de prosperar dicha situación, existiría una descapitalización del sistema pensional.

De otra parte, solicita la revocatoria en costas teniendo en cuenta que como entidad en todo momento ha actuado de buena fe, siendo un tercero que nada tuvo que ver en el acto de afiliación del actor con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PORVENIR S.A.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, 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 que realizó el demandante.

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, 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, 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*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuara el demandante por intermedio de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 11 de octubre de 1994 (Fl. 79 – PDF 08 CONTESTACIÓN PROTECCIÓN S.A.), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“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 pre-impresos, 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, el aquí demandante señor JAIRO SÁNCHEZ VILLAMIZAR en el interrogatorio de parte a él practicado no confesó que se le hubiese brindado una asesoría ajustada a derecho, incluidas las implicaciones, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, y otras situaciones de asesoría que entendiera de manera fehaciente la total información suministrada, sin advertirle características propias incluso del mismo Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como la cuenta de ahorro individual, aportes voluntarios, modalidades por vejez dentro del régimen privado, el derecho de retracto, etc.

De allí que se pueda colegir la notoria falta de información por parte de PORVENIR S.A. por cuanto no se obtuvo confesión alguna de la debida asesoría al tenor de los preceptos emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, carga probatoria que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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, 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	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
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 a la actora para el año 1994, 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 a la falladora de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP PORVENIR S.A. no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen del promotor.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

“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, es 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera respecto de COLPENSIONES, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, 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 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 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 las AFP tienen 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 han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual, luego, por lo que al retornarse las contingencias referidas, evidente es que existe satisfecho un financiamiento como consecuencia de una posible prestación a la demandante.

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”.*

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.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1019-2022, Radicación No. 87915 del 16 de marzo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

“Por ello se procederá a Condenar a Old Mutual SA hoy Skandia, a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bonos



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

*pensionales. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los **gastos de administración, comisiones, 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.** 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.*

*Paralelamente, se ordenará a Porvenir SA devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por **gastos de administración, comisiones 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,** durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

Posición que ha sido reiterada por esa Alta Corporación en sentencia SL5047-2021, Radicación No. 83777 del 25 de octubre del 2021 en la que se indicó lo siguiente:

*“Se modificará el numeral segundo de la misma providencia, en el sentido de que tanto Colfondos S. A. como Porvenir S. A. deberán trasladar a Colpensiones todos los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la accionante, junto con sus rendimiento, bonos pensionales, incluidos **los gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos conceptos con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que permaneció inscrita en cada administradora, debidamente indexados**” (Subrayado por la Sala)*

De lo anterior, dimana con claridad que no erró la *a quo* en la decisión de primera instancia. Sin embargo, encuentra la Sala la necesidad de aclarar la sentencia, en el sentido de indicar que la indexación procede exclusivamente respecto de los conceptos de gastos de administración, primas por seguros previsionales de sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos.

Por último, en el recurso de alzada interpuesto por COLPENSIONES solicita la absolución de las costas procesales. Para lo correspondiente, 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.

Al respecto, 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”.

De esa forma, al haber sido evidente que PORVENIR S.A. es el fondo pensional donde el actor estuvo afiliado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, adicional a que en la contestación de la demanda la referida encartada se opuso a las pretensiones de la demanda, además, fue objeto de condena a ciertas órdenes a razón de la declaratoria de ineficacia; circunstancia por la cual, la Sala puede concluir acerca de la prosperidad de estos emolumentos, pues resulta evidente que fue vencida en juicio.

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES como quiera que los recursos de apelación no gozaron con vocación de prosperidad en cuanto a no declarar la ineficacia de la afiliación aquí deprecada.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA 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;



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

RESUELVE:

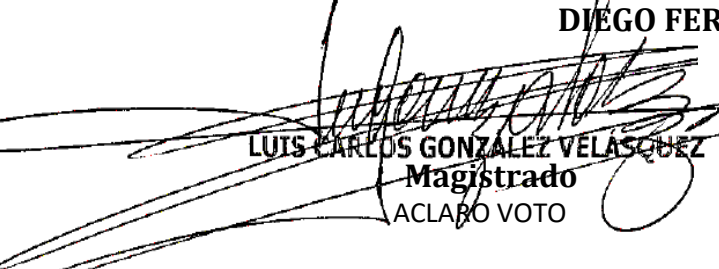
PRIMERO: ACLARAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que la indexación que debe efectuar la AFP PORVENIR S.A. con cargo a sus propios recursos procede exclusivamente respecto de los conceptos de gastos de administración, primas por seguros previsionales de sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000 para cada una de ellas y a favor de la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado
ACLARO VOTO


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

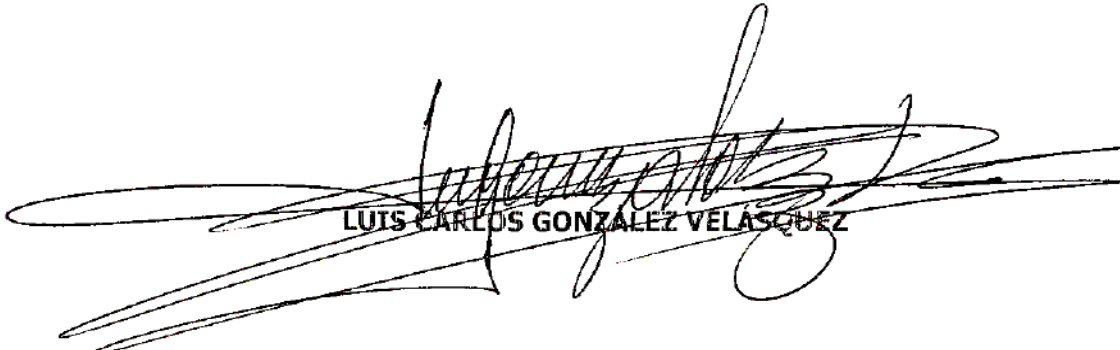
**PROCESO ORDINARIO LABORAL No 28 2022 00214 01 DE JAIRO
SÁNCHEZ VILLAMIZAR contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 12 de diciembre de los corrientes.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó la actora al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar a la demandante válidamente vinculada al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 29 2023 00026 01
Demandante: ELIZABETH LARRAGAÑA NARVÁEZ
Demandados: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

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 sentencia proferida el 15 de noviembre de 2023 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora ELIZABETH LARRAGAÑA NARVÁEZ promovió demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin de declararse la nulidad de la afiliación que efectuara en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de la AFP PORVENIR S.A., ante el incumplimiento de esta última de los deberes legales de información los cuales generaron un error que viciaron su consentimiento, de allí que se encuentre válidamente afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Asimismo, se declare que PORVENIR S.A. debe trasladar la totalidad del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos a que hubiere lugar con destino a COLPENSIONES, al igual que esta última debe activar su afiliación en el régimen público. Que COLPENSIONES debe reconocer la pensión de vejez.

Por consiguiente, se le condene a PORVENIR S.A. registrar en el sistema de información de los fondos privados que su afiliación en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad estuvo viciada de nulidad por error de derecho, debiendo trasladar la totalidad del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluido las comisiones y los rendimientos a que hubiere lugar.

Se le condene a COLPENSIONES activar su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, así como que una vez sea trasladada reconozca la pensión de vejez.

Por último, que condene a las demandadas a lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 22 de febrero de 1967, afiliándose al extinto ISS a partir del mes de octubre de 1995.

Que con la entrada al mercado de las AFP, se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PORVENIR S.A. en el mes de noviembre de 2003; no obstante, adujo que el asesor del entonces no le informó que el valor de la mesada pensional sería inferior a la que recibiría en el ISS, así como que este último se extinguiría y, por ende, no se podría pensionar.

Asimismo, resaltó que PORVENIR S.A. le manifestó que en fondo privado se podría pensionar en cualquier tiempo, sin informarle tampoco acerca de las

ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, entre otros aspectos de desinformación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, indicando que dentro del expediente no obra prueba que advierta que a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error ante la falta del deber de información por parte de la AFP, o de que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento como el error, la fuerza o el dolo.

Que tampoco 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 de la actora.

Propuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, prescripción y caducidad, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y la innominada o genérica.

PORVENIR S.A. indicó en su contestación que el traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ante sus dependencias fue totalmente válido, por cuanto se le brindó información pertinente y necesaria, ya que estuvo precedida de una asesoría oportuna, profesional, informada y con elementos de juicio objetivos para la toma de una decisión lo más informada posible.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 15 de noviembre de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado pensional que *hiciera la señora **ELIZABETH LARRAÑAGA NARVAEZ** identificada con C.C. N. 51.916.544, realizada ante la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, fecha de 19 de septiembre de 2003 inicio efectividad 01 de noviembre de 2003, por los motivos expuestos. En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.*

SEGUNDO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, a devolver a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES** los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante **ELIZABETH LARRAÑAGA NARVAEZ**, como cotizaciones, rendimientos y sumas de dinero destinada para garantía de la pensión mínima, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a recibir de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, rendimientos y sumas de dinero destinada para garantía de la pensión mínima que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.

CUARTO: SIN CONDENA en costas.

QUINTO: CONSULTAR la presente sentencia en caso de no ser apelada por la parte demandada Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, en los términos del artículo 69 del C.P.T y de la S.S.”

Seguidamente, refirió que teniendo en cuenta los preceptos legales y especialmente los jurisprudenciales emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, le corresponde al fondo convocado a juicio en atención de la carga de la prueba, demostrar que al momento del traslado se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

cumplió con el deber de información de todas y cada una de las características tanto positivas como negativas de ambos regímenes pensionales, al igual que se debía llevar a cabo una comparación de dichos regímenes, información entendida por ser completa, clara y comprensible, situaciones que no fueron probadas por parte de PORVENIR S.A., puesto que el simple formulario de afiliación no es prueba para acreditar tal precepto informativo.

En últimas, adujo que, en lo referente a las cuotas de administración y los seguros previsionales, a pesar de que no desconocer las consecuencias de la ineficacia, no accede a dichos rubros en la medida en que no puede pasarse por alto el tiempo de permanencia de la actora ante la AFP encartada dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Finalmente, dispuso no condenar en costas a ninguna de las encartadas.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

El asunto se estudia en el grado jurisdiccional de consulta dado que la decisión de primera instancia fue adversa a los intereses de COLPENSIONES, ello de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, 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 que realizó la demandante.

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 la 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, 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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, 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*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 fue aportado el formulario de afiliación que suscribiera la demandante por intermedio de la AFP PORVENIR S.A. el 19 de septiembre de 2003 (Fl. 36 – PDF 11 CONTESTACIÓN DEMANDA PORVENIR S.A.), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“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 pre-impresos, 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, la aquí demandante señora ELIZABETH LARRAGAÑA NARVÁEZ en el interrogatorio de parte a ella practicado no confesó que se le hubiese brindado una asesoría ajustada a derecho, incluidas las implicaciones, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, y otras situaciones de asesoría que entendiera de manera fehaciente la total información suministrada, sin advertirle características propias incluso del mismo Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como la cuenta de ahorro individual, aportes voluntarios, modalidades por vejez dentro del régimen privado, el derecho de retracto, etc.

De allí que se pueda colegir la notoria falta de información por parte de PORVENIR S.A. por cuanto no se obtuvo confesión alguna de la debida asesoría

al tenor de los preceptos emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, carga probatoria que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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:*

Etapa acumulativa	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, 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	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
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 a la actora para el año 2003, 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 al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP PORVENIR S.A. no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen del promotor.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración que absolviera el fallador de instancia, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

“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.”



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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, es 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.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera en lo que atañe a COLPENSIONES, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“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 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 las AFP tienen 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 han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual, luego, por lo que al retornarse las contingencias referidas, evidente es que existe satisfecho un financiamiento como consecuencia de una posible prestación a la demandante.

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”.*

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.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1019-2022, Radicación No. 87915 del 16 de marzo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

*“Por ello se procederá a Condenar a Old Mutual SA hoy Skandia, a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los **gastos de administración, comisiones, 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.** Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

*Paralelamente, se ordenará a Porvenir SA devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por **gastos de administración, comisiones 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**, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

Posición que ha sido reiterada por esa Alta Corporación en sentencia SL5047-2021, Radicación No. 83777 del 25 de octubre del 2021 en la que se indicó lo siguiente:

*“Se modificará el numeral segundo de la misma providencia, en el sentido de que tanto Colfondos S. A. como Porvenir S. A. deberán trasladar a Colpensiones todos los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la accionante, junto con sus rendimiento, bonos pensionales, incluidos **los gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos conceptos con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que permaneció inscrita en cada administradora, debidamente indexados**” (Subrayado por la Sala)*

De lo anterior, dimana con claridad que la decisión de primer grado habrá de confirmarse en lo que atañe a la prosperidad de la ineficacia del traslado que realizó la demandante con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

No obstante lo anterior, la sentencia de primera instancia habrá de adicionarse, para en su lugar ordenar a PORVENIR S.A. que traslade con destino a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales, así como la devolución de los gastos de administración, comisiones 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.

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.

SIN COSTAS en esta instancia como quiera que el presente asunto se estudia a favor de COLPENSIONES en el grado jurisdiccional de consulta.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de ordenar a PORVENIR S.A. que traslade con destino a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales, así como la devolución de los gastos de administración, comisiones 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.

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.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado.

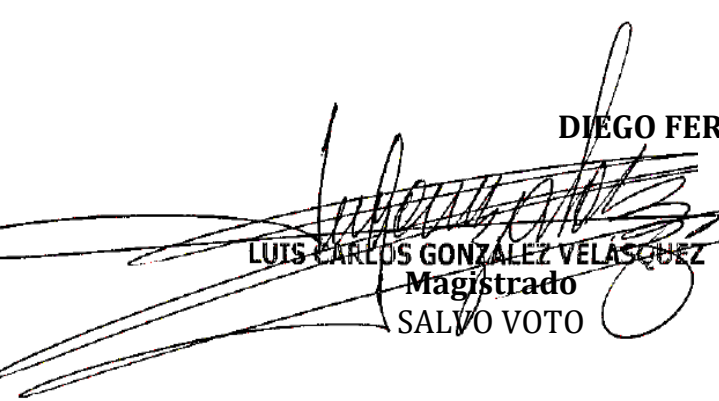


República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente COLPENSIONES.
Se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a favor de la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado
SALVO VOTO


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



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

Ordinario Laboral: 1100131050 32 2022 00057 01
Demandante: ALICIA ROJAS ARANGO
Demandado: BANCO ITAU
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 24 de abril de 2023 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora ALICIA ROJAS ARANGO promovió demanda ordinaria laboral en contra de ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A., a fin que se declare que es beneficiaria de la pensión vitalicia de jubilación prevista en el Capítulo Décimo de la Convención Colectiva de Trabajo vigente para los años 1985-1987, por cumplir con los requisitos previstos en el artículo 71.

En consecuencia, pretende que se condene a la demandada a pagar la pensión mensual vitalicia de jubilación desde el 2 de septiembre de 2003, teniendo como mesada inicial la suma de \$1.071.864, más los intereses moratorios, y en subsidio, la indexación.

De manera subsidiaria, pretende que se declare que el acuerdo, acta de conciliación, convenio o transacción celebrado con el Banco, es *ineficaz o inválido* en el clausulado que modificó o desmejoró las prerrogativas de la

pensión consagrada en el capítulo Décimo de la Convención Colectiva de Trabajo 1985-1987; en consecuencia, se restablezcan las características que fueron afectadas, modificadas o desmejoradas por el acuerdo extra convencional, con el correspondiente pago de la pensión y con las condiciones establecidas en la CCT, más los intereses moratorios y en subsidio la indexación.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones refirió que nació el 2 de septiembre de 1953, por lo que cumplió 50 años el 2 de septiembre de 2003; que prestó sus servicios personales mediante contrato de trabajo en forma personal y continua al BANCO COMERCIAL ANTIOQUEÑO S.A. hoy ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A., desde el 6 de julio de 1978 hasta el 29 de febrero de 2000, fecha última en que se terminó el vínculo laboral producto de una conciliación, acumulando un tiempo de servicio de más de 20 años.

Relata que es beneficiaria de la CCT suscrita el 23 de agosto de 1985, vigente para el período 1985-1987, en la cual se pactó el reconocimiento de una pensión transitoria de jubilación equivalente al 75% del salario promedio del último año, la cual sería pagada hasta que le fuera reconocida la pensión de vejez por el ISS o una AFP, momento a partir del cual, el banco continuaría pagando la diferencia si la hubiere.

Que tuvo como sueldo promedio devengado en el último año de servicio, la suma de \$855.762; que la pensión se causó el 6 de julio de 1998, cuando cumplió los 20 años de servicios y cumplió el requisito de la edad, el 2 de septiembre de 2003, por lo que tiene derecho a la pensión consagrada en el artículo 54 de la CCT, la cual además establece que la prestación se liquida con el promedio del sueldo básico devengado en el año anterior al retiro; finalmente que presentó solicitud a la entidad demandada el 21 de enero de 2020.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A. contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que, la accionante no es beneficiaria de la pensión convencional, como quiera que la CCT aplicable

es la de vigencia 1991-1993, la cual señala en su artículo 54 como requisitos para ser beneficiaria de la pensión convencional, cumplir 50 años de edad y 20 años al servicio de la compañía, y si bien para la fecha de terminación del contrato de trabajo, la actora no contaba con el requisito de edad, la compañía de manera voluntaria y por mera liberalidad reconoció pensión convencional transitoria de jubilación a partir del 29 de febrero de 2000, pensión que, en los términos de la conciliación tiene el carácter de compartida, lo cual además se corrobora en tanto fue reconocida con posterioridad al 17 de octubre de 1985, fecha de entrada en vigencia del artículo 5 del Decreto 2879 de 1985, que aprobó el Acuerdo 049 de 1990.

Propuso como excepciones de mérito las que denominó cobro de lo no debido por inexistencia de obligación y/o ausencia de la causa, cosa juzgada, buena fe, compensación y prescripción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 24 de abril de 2023, absolvió a la accionada de todas las pretensiones de la demanda, declarando probadas las excepciones de cobro de lo no debido por inexistencia de obligación y/o ausencia de la causa, y la de cosa juzgada.

Para tal efecto señaló que el Banco le reconoció mediante conciliación, una pensión de jubilación transitoria, misma que posteriormente dejó de cancelarse en tanto resultaba inferior en su monto, respecto de la pensión legal de vejez que fuera reconocida por el ISS, hoy Colpensiones. De otra parte, refirió que la CCT que resultaría aplicable al *sub-examine* es aquella que se pactó con vigencia para los años 1991-1993, la cual refiere en su artículo 71 que la compilación 1985- 1987, específicamente su artículo 54, se aplicará a quienes a 31 de agosto 1985 tenga contrato por escrito y vigente con el Banco, aclarando que quienes ingresen a partir del 1º de septiembre de 1985 no se les aplicará el régimen convencional sino el legal.

De otra parte, la CCT 1985-1987 establece que quienes hayan llegado a los 50 años si es mujer, después de 20 años continuos, tendrá derecho a la pensión de jubilación; de igual manera, el artículo 58 señala que la pensión excluye la

regulada en la ley. Determinado lo anterior estimó que en principio la demandante tendría razón en lo que respecta que la pensión convencional no requería el cumplir la edad en calidad de trabajador, y al haberse acreditado que la demandante prestó servicios por espacio superior a 20 años, para la fecha de terminación el contrato de trabajo dejó causada la prestación; no obstante, la pensión transitoria otorgada a la demandante, si bien operó de mera liberalidad, la misma en realidad concedió de manera anticipada la pensión de jubilación convencional desde el retiro y no desde el cumplimiento de la edad. En tal sentido, se trata de la misma pensión y no de una acreencia diferente.

Pensión que además es *compatible* de conformidad con los artículos 5º del Decreto 2879 de 1985 y 18 del Decreto 758 de 1990. En igual sentido, no se pactó en la CCT la compatibilidad de la pensión convencional y legal, de tal manera que al resultar superior la mesada otorgada por el ISS, hoy Colpensiones, no le asiste derecho a la accionante al reconocimiento de la pensión convencional deprecada.

Finalmente, respecto de las pretensiones subsidiarias, consideró que no se acreditó ningún vicio del consentimiento que permita dejar sin efectos el acuerdo conciliatorio.

En adición a la sentencia, declaró probada la excepción de cosa juzgada en tanto la pensión fue objeto de conciliación; así mismo respecto de la liquidación de la pensión convencional, señaló que el salario de la demandante para el año 2000 ascendía a \$895.887, y de aplicarse el artículo 54 convencional, el excedente de \$3000, se le debería aplicar el 30%, lo cual implicaría en todo caso una suma inferior a la reconocida en la conciliación., en la cual incluso se acoge una norma más favorable a la demandante consagrada en el CST, el cual regulaba el 75%.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante formuló recurso de apelación, señalando que la pensión convencional sí resulta ser *compatible* con la pensión legal de vejez, ello en tanto cuando se expide la CCT, en el año 1985, por regla general las pensiones eran compatibles, y si bien el artículo 58 convencional refiere que la pensión excluye

la pensión legal, en realidad se está estableciendo la compatibilidad, más aún cuando no existe pacto alguno que de manera expresa señale que la pensión es compartida con la legal.

De otra parte, si en gracia de discusión se anticipó la pensión convencional, ello debió haber quedado explícito en el acta de conciliación, lo cual no aconteció. En ese orden de ideas, se trata de una pensión de mera liberalidad, que no excluye la pensión convencional ni su compatibilidad con la pensión legal.

Finalmente, que la liquidación de la pensión convencional implica el sumar el porcentaje por cada fracción del salario (80% + 60% + 40% + 30%), a lo cual se incrementaría el 2% por haber laborado 21 años, así las cosas, la tasa de reemplazo sería del 210%, no obstante, al limitar la CCT la tasa en el 100%, ese sería el monto a reconocer, esto es, \$895.887. Así mismo, que se debe revocar la condena en costas.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar si le asiste derecho a la accionante a la pensión de jubilación convencional liquidada en el 100% del salario promedio del último año, de manera compatible con la de vejez reconocida por el ISS, hoy Colpensiones.

c. Pensión Convencional:

Debe señalarse inicialmente que la parte demandante acreditó como hechos no discutidos en el plenario, que nació el 2 de septiembre de 1953, según da cuenta la copia de la cédula de ciudadanía (fl. 33 archivo digital

01DemandaOrdinaria.pdf); así mismo que prestó sus servicios personales mediante contrato de trabajo en beneficio de la accionada entre el 6 de julio de 1978 y el 29 de febrero de 2000, así como que devengó un salario promedio de \$895.887,67, aspectos estos últimos que fueron consignados en el acta de conciliación celebrada ante el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá el 9 de enero de 2000 (fl. 39 archivo digital 01DemandaOrdinaria.pdf).

Una vez determinado lo anterior, se tiene que la pretensión de la accionante, se contrae en señalar que es beneficiaria de la pensión de jubilación consagrada en el artículo 54 de la CCT de los años 1983-1985, así como que el requisito de edad, no se constituye en un requisito de causación sino de exigibilidad del derecho.

Sobre el particular, tal como lo refiere el *a-quo* la CCT 1991-1993, la cual el banco refiere es la aplicable, señala en su artículo 71:

“ARTICULO 71. PENSIONES DE JUBILACION. Todo lo comprendido en el Capítulo 10 de la actual compilación convencional vigente (compilación 1.985 1.987) artículos 54 a 70 inclusive, se aplicará solamente a quienes al 31 de agosto de 1.985 tengan celebrado contrato de trabajo por escrito y vigente en esa fecha con el BANCO COMERCIAL ANTIOQUEÑO. A quienes ingresen con vínculo laboral a partir del 1º de septiembre de 1.995 no se les aplicará el régimen de pensiones ya mencionado y se someterán en materia de pensiones a las leyes y demás disposiciones oficiales vigentes al momento de comenzar a disfrutar su derecho.

Ahora bien, tal como se refirió en precedencia, el vínculo laboral de la accionante operó entre el 6 de julio de 1978 y el 29 de febrero de 2000, motivo por el cual, si resulta aplicable en su caso lo regulado en los artículos 54 a 70 de la CCT 1985-1987, compendio normativo que regula:

*“ARTICULO 54. Todo empleado del Banco que llegue o haya llegado a los 55 años de edad si es varón, o a los **50 años si es mujer, después de 20 años de servicio continuos, o discontinuos a la Institución**, tendrá derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación que se computará sobre el promedio del sueldo básico devengado en el año anterior al retiro del Banco, sin tener en cuenta bonificaciones, así: Sobre los primeros seiscientos pesos (\$ 600.00) del promedio del sueldo básico devengado en el año anterior al retiro, el 80% de dicho sueldo; por los excedentes de seiscientos (\$ 600.00) hasta mil pesos (\$ 1.000,00) el 60%; por los excedentes de mil pesos (\$ 1.000.00) hasta tres mil pesos (\$3.000.00) el 40% y por excedentes de tres mil pesos (\$ 3.000,00), el 30%. De manera que el cómputo de la pensión será la suma de los diferentes porcentajes, en*

acuerdo con el promedio del sueldo básico devengado por el empleado en el año anterior a su retiro de la Institución.

“Si al hacer la liquidación de acuerdo con la presente reglamentación la pensión de jubilación resultare Inferior a la que le correspondería al empleado de acuerdo con la ley vigente, el trabajador quedará jubilado con lo que le corresponde legalmente”.

Frente al requisito de la edad, debe señalar la Sala que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL5334-2021, Radicación No. 86763 del 4 de octubre de 2021, entre otras, ha señalado:

“i. Del artículo 54 de la Convención Colectiva de Trabajo 1991-1993

“[...]”

*“De la lectura de la norma, y con apego estricto al precedente jurisprudencial que de tiempo atrás mantiene la Sala, surgiría que el Tribunal no incurrió en error alguno al considerar **que la norma convencional se aplicaba solo a los empleados del banco y que, esa medida, ambos requisitos debían acreditarse durante la vigencia de la relación laboral**. Lo anterior, adicional a que esta Corporación ha sostenido que el fallador no incurre en error evidente de hecho cuando otorga a una norma convencional uno de sus posibles alcances, toda vez que en este caso no hace cosa diferente que acudir a la facultad consagrada en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, para formar libremente su convencimiento.*

“[...]”

“En cuanto a la errada interpretación del artículo 54 de la convención colectiva de trabajo, debe reiterarse que no es función de la Corte Suprema de Justicia en sede de casación fijar el sentido como norma jurídica a las convenciones colectivas, puesto que, no obstante, la gran importancia que tienen en las relaciones obrero patronales y en la formación del Derecho del Trabajo, jamás pueden participar de las características de las normas legales de alcance nacional. Por esa misma razón, son las partes en primer término las llamadas a determinar su sentido y alcance, por lo que, en tanto actúa como tribunal de casación, lo único que puede hacer, y ello siempre y cuando las características del desatino sean de tal envergadura que puedan considerarse errores de hecho manifiestos, es corregir la errada valoración como prueba de tales convenios normativos de condiciones generales de trabajo en el ámbito de su aplicación.

“En ese horizonte, también resulta pertinente traer a colación el criterio de esta Corporación, según el cual el sentenciador de instancia no incurre en error evidente de hecho cuando otorga a una norma convencional uno de sus posibles alcances, toda vez que en este caso no hace cosa diferente que hacer uso de la facultad consagrada en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, para formar libremente su

convencimiento; actividad que no es susceptible de ser desquiciada por vía del recurso de casación.

“[...]

“En lo que toca concretamente con el artículo 54 convencional, si bien es cierto en la sentencia del 19 de agosto de 2004, que cita en su apoyo la censura y que corresponde al proceso con radicación 22394, esta Corporación sostuvo que era evidente la claridad del texto, del cual se desprendía “...diáfananamente que la intención de los pactantes, cuando acudieron al “empleado que llegue o haya llegado”, se está refiriendo a personas que laboraran para la entidad bancaria demandada al momento de exigir la prestación y no a los que ya se hubieran retirado del servicio.”, también lo es que dicha posición la abandonó posteriormente la Corte en las sentencias del 14 de febrero de 2005, radicación 23811, y 28 de febrero de 2008, radicación 28886, esta última que anuncia la réplica, en donde se sostuvo que una interpretación como la acogida por el Tribunal, respecto de la misma cláusula convencional, no constituía un desatino fáctico protuberante sino una inteligencia razonable que no se exhibía notoriamente desacertada, porque así no se compartiera, del tenor literal podía llegarse a dicha conclusión, en el sentido de que para ser beneficiario de la pensión de jubilación allí consagrada no era indispensable hallarse trabajando cuando se cumpliera la edad.

“Posición que se mantiene para el presente caso, pues en la medida que el mencionado artículo 54 convencional admite la interpretación dada por el Tribunal, en caso que se acogiera la sugerida por el censor, el yerro resultante no sería evidente ni ostensible, conforme a la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, de donde la acusación es infundada.

Pese a ello, la Corte Constitucional, en sentencia SU-228 de 2021, dejó sin efecto una providencia con dicho criterio, sosteniendo:

“En ese orden de ideas, esta Corte parte del hecho de que la actora se desvinculó de la empresa el 22 de mayo de 2001, y que, para ese entonces, ya había cumplido con el requisito de 20 años de servicio establecido en el artículo 54 de la convención colectiva para efectos de la pensión.

“Así las cosas, de conformidad con el principio de favorabilidad, según el cual no se precisaba del requisito de la edad cumplida en ese momento para ser beneficiaria de la pensión convencional, las consideraciones sobre la vigencia de ese beneficio colectivo ofrecidas por el tribunal no resultan de recibo, pues la causación del derecho tuvo lugar antes del 31 de agosto de 2001, cosa distinta es que su exigibilidad se supeditara al cumplimiento de la edad, que ocurrió el 19 de mayo de 2008.

Ahora bien, previo a decantar el criterio, se debe analizar en primera medida si dicha pensión fue reconocida de manera anticipada en el acuerdo conciliatorio, pues de tal aspecto depende la configuración de la excepción de cosa juzgada, misma que fuera declara en primera instancia.

Para tal efecto, debe referirse que, para la fecha de la conciliación, esto es, el 9 de enero de 2000, la señora ALICIA ROJAS ARANGO, tenía 46 años de edad, de tal manera que no había cumplido los 50 años de edad. Así las cosas, en el acuerdo conciliatorio se señala que fue deseo de la demandante el retirarse de la empresa de mutuo acuerdo, pactando el pago de una bonificación por valor de \$30.000.000, señalando específicamente sobre el particular:

“He llegado a un pleno acuerdo con la citada empresa para poner término a la relación laboral por mutuo consentimiento a partir del 29 de febrero de 2.000, ya que deseo dedicarme a otras actividades. Como consecuencia de este buen entendimiento con la Empresa y en atención a mi apreciable antigüedad al servicio de ella, le he solicitado el otorgamiento de una bonificación especial”.

“[...]

“Presente el doctor HECTOR ARRIAGA DIAZ quien obra en la calidad ya anotada, manifiesta: “Que acepta poner término al Contrato de Trabajo que liga a la empresa con ALICIA ROJAS ARANGO, por mutuo consentimiento de las partes y que luego de analizar la petición de la citada señora sobre el otorgamiento de una bonificación especial y teniendo especialmente en cuenta la extinción del vínculo laboral por el medio legal ya mencionado (mutuo acuerdo), la Empresa acepta reconocerle a dicha señora una bonificación especial, única y total de TREINTA MILLONES DE PESOS M.L. (\$ 30.000.000.00) suma a la cual se le aplicará la retención en la fuente a la que haya lugar. De todas maneras, de la suma antes indicada se imputará cualquier acreencia que resulte a su favor y a cargo del Banco producto de la Relación Laboral. Con este reconocimiento y con el pago del saldo de cesantía y demás conceptos laborales normales que se le hacen a ALICIA ROJAS ARANGO, en esta misma fecha esta declara a PAZ Y SALVO a la empresa por todo concepto derivado de su relación laboral, incluyendo lógicamente la totalidad de los presuntos derechos (sin exclusión) provenientes de la apreciable antigüedad en el servicio.

De otra parte, en lo atinente a la pensión de jubilación, se pactó:

*“La trabajadora es consciente y así lo hace constar, de que los riesgos por invalidez, vejez y muerte están en este caso directa y exclusivamente a cargo del Instituto de Seguros Sociales o una entidad de Seguridad Social, sometido a los requisitos de cotizaciones y edad señalados por las normas legales sobre la materia; sin embargo, el Banco le empezará a pagar a partir del 01 de Marzo de 2.000 una **pensión convencional** transitoria de jubilación por valor de SEISCIENTOS CUARENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS VEINTIDOS PESOS M.L. (\$641.822.00) mensual.*

“La pensión convencional de jubilación se le seguirá reconociendo hasta que ALICIA ROJAS ARANGO, cumpla los cincuenta y cinco (55) años de edad esto es el 02 de septiembre del 2.008, fecha a partir de la cual esta pensión será sustituida por la pensión de vejez que le reconozca el seguro Social o

la entidad de seguridad social a la que se encuentre cotizando por este riesgo.

“Mediante este documento usted se compromete a presentar los documentos requeridos para obtener la pensión de vejez al ISS o la entidad de seguridad social a la que se encuentre cotizando una vez cumpla los cincuenta y cinco (55) años de edad; una vez ocurrido esto, se le empezará a cubrir el valor de la diferencia que pudiere existir entre la pensión que le reconozca el Seguro Social o una entidad de Seguridad Social y la que le esté pagando el Banco en ese momento. En caso de que la señora ALICIA ROJAS ARANGO, no se presente a reclamar su pensión una vez cumpla los requisitos para tal fin, el Banco podrá hacerle compartida la pensión en forma automática, pagando desde ese entonces, sólo la diferencia que presuma le corresponde al jubilado, entre la pensión que estuviere pagando en esa época y la que presume le reconocería el Seguro Social o un Fondo Privado de haberse presentado a reclamarla.

Así mismo mediante este documento usted autoriza al Seguro Social o la entidad de seguridad social, para que una vez sea reconocida la pensión de vejez, el retroactivo que se cause sea girado a favor del Banco, toda vez que ésta pensión se le ha venido cancelando de manera ininterrumpida, pese a usted haber cumplido con los requisitos para obtener la pensión de vejez a cargo de la seguridad social.

En el evento en que el ISS o la entidad de seguridad social no gire el retroactivo a favor del Banco, el trabajador se compromete mediante este documento a reintegrar al Banco los dineros que le fueron reconocidos a partir de la fecha en que le fue reconocida la pensión de vejez por parte de la seguridad social.

“Finalmente el Banco le reconocerá por una sola vez y de manera voluntaria un monto igual al equivalente en la Convención Colectiva de Trabajo vigente como bonificación al trabajador cuyo contrato termina para recibir su pensión, por la suma de OCHOCIENTOS CUARENTA MIL CATORCE PESOS M.L. (\$ 840.014.00). Este valor no se reconocerá nuevamente cuando su pensión sea sustituida como quedó antes dicho.

De la lectura del acta de conciliación, es claro para la Sala que la demandante y el banco conciliaron el pago *anticipado y transitorio* de la *pensión convencional* previo al cumplimiento de los 50 años de edad, prestación económica que se encontraba reconocida en la CCT 1985-1987, por disposición expresa de la CCT 1991-1993.

En ese sentido, no se trataba de una pensión por mera liberalidad regulada de forma integral en el acuerdo conciliatorio, pues es expresa la voluntad de las partes en acordar el pago de una *pensión convencional transitoria de jubilación*, de la cual además se benefició antes del cumplimiento de la edad mínima de 50 años, y en la cual se acordó el monto a reconocer.

De tal manera, que a juicio de la Sala en el presente evento existe cosa juzgada en el sentido que las partes acordaron ante el Juez del Trabajo el reconocimiento y pago anticipado de la *pensión de jubilación convencional*, así como el monto de la mesada pensional, aspectos sobre los cuales no es dable emitir un nuevo pronunciamiento de fondo.

De tal manera, que en virtud de la procedencia de la cosa juzgada la Sala se sustrae de pronunciarse nuevamente sobre el derecho que le asiste a la pensión de jubilación convencional como al monto de la misma, aspecto que fuera objeto de la adición de la sentencia de primera instancia, y que a juicio de la Sala no es dable abordar en tanto el pacto conciliatorio incluyó el monto a pagar, más aún cuando no se recurrió la decisión de no declarar la ineficacia del acta por vicios del consentimiento.

d. Compatibilidad pensional:

Una vez determinado lo anterior, respecto de la *compatibilidad pensional* pretendida, debe señalarse como hechos indiscutidos, que la accionante venía percibiendo la pensión de jubilación con ocasión a la conciliación celebrada, así como que el ISS, hoy COLPENSIONES, mediante Resolución No. 017894 de 2009, le reconoció pensión de vejez en cuantía de \$1.062.208 desde el 2 de septiembre de 2008, incrementada a \$1.143.679 desde el año 2009.

Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL588-2023, Radicación n.º 80624 del 6 de marzo de 2023, señaló:

*“Respecto del primer punto, basta con remitirse a los argumentos expuestos en sede de casación para concluir que le asiste razón al apelante cuando asevera que **es la fecha de causación del derecho la que debe tenerse en consideración a la hora de examinar si la prestación convencional es compatible o compartible**, siendo que en su caso dicho hito tuvo lugar el 11 de enero de 1985, cuando cumplió 20 años de servicios [...], por manera que, al ser esta calenda anterior al 17 de octubre de 1985, conforme lo establecido en el Acuerdo 029 del mismo año, se colige que su pensión de jubilación es compatible con la de vejez otorgada por el ISS, en vista que las partes no acordaron expresamente su compartibilidad y, además, esta no puede surgir de un acto discrecional y unilateral del empleador.*

En igual sentido, en sentencia SL376-2023, Radicación No. 93171 del 15 de febrero de 2023, estimó:

*“De entrada, debe señalarse que la razón no está de parte de la recurrente, puesto que ya la Sala ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el punto objeto de controversia frente a la misma accionada, como por ejemplo en la sentencia CSJ SL4545-2019, reiterada en la CSJ SL3175-2021, en donde se sostuvo que, **aun cuando la regla general, es que las prestaciones pensionales extralegales, otorgadas con posterioridad al 17 de octubre de 1985, comportan el carácter de compartibles, con ocasión de lo previsto por el Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 de igual anualidad, y el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma calenda, dicha circunstancia no obsta para que las partes, pacten su compatibilidad, pues no existe restricción alguna frente a un acuerdo de voluntades de tal connotación.***

“[...]

“De igual forma, en sentencia CSJ SL118-2019, sobre el tema de compartibilidad y compatibilidad pensional, esta Corporación señaló:

*“Frente a este último punto, esta sala de la Corte ha señalado, con insistencia, que, por regla general, las pensiones convencionales causadas con anterioridad al 17 de octubre de 1985 son compatibles con las de vejez que otorga el Instituto de Seguros Sociales, pues la posibilidad de compartirlas sólo se generó tras la expedición del Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 de 1985. Del mismo modo, **ha adoctrinado que las excepciones a dicha regla sólo pueden provenir de un acuerdo entre las partes, plasmado en el mismo instrumento normativo que consagra la prestación, como la convención colectiva, el pacto colectivo o el laudo arbitral.***

Así las cosas, la pensión convencional se otorgó de manera anticipada desde el año 2000, por ende, no se causó con anterioridad al 17 de octubre de 1985, fecha para la cual incluso la accionante no había cumplido 20 años de servicios, pues al haber ingresado a laborar el 6 de julio de 1978, dicho requisito lo cumplió el 5 de julio de 1998.

Aunado a lo anterior, en manera alguna se pactó de manera expresa que la pensión convencional sería compatible con la de vejez; nótese que las prerrogativas pensionales se acusaron por disposición de la CCT de los años 1991-1993, la cual dejó a salvo el régimen pensional convencional para quienes se hayan vinculado con anterioridad al 1º de septiembre de 1985, convención que se pactó en vigencia del Decreto 2879 de 1985, y en manera alguna incluyó el beneficio de la compatibilidad.

De otra parte, aun remitiéndonos a la CCT 1985-1987, es claro el artículo 54 consagró que *“Si al hacer la liquidación de acuerdo con la presente reglamentación la pensión de jubilación resultare Inferior a la que le correspondería al empleado de acuerdo con la ley vigente, el trabajador quedará jubilado con lo que le corresponde legalmente”*, sin pactarse que en tal evento el trabajador disfrutaría de las dos pensiones de manera compatible.

En igual sentido, el artículo 58 *ejusdem*, establece:

*“ARTICULO 58. La pensión aquí fijada excluye y reemplaza la que sea señalada por las disposiciones legales que rijan al momento de hacerse efectivo el derecho, **pero el trabajador podrá optar por el pago de cualquiera de ellas a su elección**. Si optare por la que se fija en la presente codificación, se entiende que el pago de ella incluye la fijada por la ley y por consiguiente el Banco al concederla cumple con las disposiciones legales al respecto.*

Normativa de cuya interpretación, también se extrae que no se pactó de manera expresa la compatibilidad pensional, y por el contrario la CCT regula que el trabajador accederá a la pensión más favorable y en todo caso a elección frente a la legal, sin que, en ningún aparte del texto, se mencione siquiera la posibilidad de acceder a las dos pensiones, legal y convencional, de manera compatible; aspecto que además se compagina con el acuerdo conciliatorio, en el cual también se estableció que la empleadora asumiría la pensión hasta el reconocimiento de la pensión legal, y solo solucionaría el mayor valor de existir, lo cual no acontece en el presente evento.

En ese orden de ideas, se confirmará en su integridad la sentencia en cuanto a la absolución de la pretensión atinente al pago de la pensión convencional de manera compatible, así como a la reliquidación, operando la cosa juzgada, como se expuso en precedencia.

e. Costas procesales:

Finalmente, se deprecia la absolución de las costas procesales. Sobre el particular 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 no se accedió a las

pretensiones principales y subsidiarias, procedía la imposición de la mismas. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, ha señalado:

“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”.

En virtud de lo anterior, se confirmará la decisión de primera instancia. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandante.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de abril de 2023 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$200.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 32 2022 00218 01
Demandante: SOCORRO DEL PILAR GÓMEZ VALDERRAMA
Demandados: COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida el 4 de septiembre de 2023 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, 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 adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora SOCORRO DEL PILAR GÓMEZ VALDERRAMA promovió demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., a fin de declararse la ineficacia de la afiliación efectuada con destino del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en el mes de abril de 1999 por intermedio de la AFP PROTECCIÓN S.A., al existir engaño y asalto en su buena fe, induciéndole al error y viciando su consentimiento.

Que, como consecuencia de lo anterior, se le ordene a PROTECCIÓN S.A. retornar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido en el

Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, así como que se le ordene a COLPENSIONES recibirla sin solución de continuidad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Por último, que se condene a las demandadas al pago de costas procesales y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, indicó que estuvo afiliada al extinto ISS por el periodo comprendido entre el 16 de marzo de 1995 y el 31 de agosto de 1999, así como que, para el mes de abril de 1999, asesores de PROTECCIÓN S.A. le presentaron el nuevo régimen pensional, asegurándole que el ISS se liquidaría.

Asimismo, refirió que en su momento se le comunicó que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tendría mejores rendimientos, que se podría pensionar en el momento que quisiera, sin que se le informara acerca del derecho de retracto, entre otros aspectos de desinformación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda manifestando que, la afiliación de la demandante ante sus dependencias de trata de un acto inexistente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo.

Adicionalmente, refirió que la celebración del acto jurídico por la demandante, fue llevado a cabo de manera libre y espontánea, solemnizándose de esta manera su afiliación, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre ambas partes, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del fondo como de la parte demandante.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, innominada o genérica,

reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la ineficacia y/o nulidad de la afiliación por falta de causa y la denominada inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe.

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, exponiendo que dentro del plenario no yace prueba de que efectivamente al demandante se le hizo incurrir en error ante la falta del deber de información por parte de la AFP, o de que nos encontremos en presencia de algún vicio del consentimiento como el error, la fuerza o el dolo, como tampoco se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación que permita inferir con probabilidad de certeza que existió una inconformidad por parte del actor.

Formuló como medios exceptivos los denominados la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, improcedencia de declaratoria de ineficacia de afiliación en los casos de pensionados en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 4 de septiembre de 2023, resolvió:

“PRIMERO. - DECLARAR la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la demandante SOCORRO DEL PILAR GÓMEZ VALDERRAMA a través de PROTECCIÓN S.A., de fecha 09 de febrero de 1999.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

SEGUNDO. - Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a la demandada **PROTECCIÓN 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 junto con sus rendimientos. Así mismo deberá trasladar las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la **DEMANDANTE** ha estado afiliada a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por **PROTECCIÓN S.A.** con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer debidamente discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, Ingreso Base de Cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO. - **ORDENAR** a la demandada **COLPENSIONES** a recibir a la demandante **SOCORRO DEL PILAR GÓMEZ VALDERRAMA** 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. Para el efecto **COLPENSIONES** deberá actualizar la Historia Laboral de la demandante incluyendo los tiempos cotizados a través de la administradora del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* trajo a colación el artículo 12 y el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que establece la selección libre y voluntaria de régimen pensional, precisando que quien desconozca este derecho se hace acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 de la norma en cita. Además, expuso que el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 2003, señala los tiempos mínimos de permanencia en cada régimen y la restricción de traslado de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, igualmente destacó que el numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, ya hacía referencia a la información que se debe suministrar a los usuarios.

De otro lado, acotó que no puede olvidarse que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el deber de información respecto de los posibles afiliados está a cargo de los fondos privados, deber que existe desde la creación de los mismos, además en esas administradoras recae la carga de la prueba. De la misma forma, sostuvo que la información debe contener los aspectos favorables y desfavorables del cambio de régimen, y tal consentimiento informado no se prueba con la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

suscripción del formulario de afiliación, además señaló que no es necesario que el afiliado demuestre estar en régimen de transición, estar próximo a causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación así mismo que la declaratoria de la ineficacia no prescribe.

Señaló que durante el trámite procesal se acreditó que la demandante efectuó aportes al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES entre el mes de enero de 1994 y el mes de marzo de 1999, precisando que se aprecia un traslado de régimen el 9 de febrero de 1999 con destino a la AFP PROTECCIÓN S.A., siendo este el único formulario que se registre en el plenario, lo cual permite evidenciar la vinculación de la gestora a la referida AFP PROTECCIÓN S.A.

Al referirse al interrogatorio de parte que depuso la actora, estimó que no confesó habersele brindado información clara, suficiente y oportuna sobre la naturaleza de cada uno de los regímenes pensionales, las características y diferencias entre uno y otro, toda vez que nunca fue asesorada. En esa medida, declaró la ineficacia del traslado de régimen efectuado; con la consecuente afiliación de la demandante a COLPENSIONES y la devolución a esa administradora de los recursos que obran en cuenta de ahorro individual por concepto de aportes y rendimientos, así como las sumas que se hayan descontado por concepto de gastos de administración, seguros previsionales y las sumas destinadas al fondo de garantía de pensión mínima, estos últimos conceptos debidamente indexados y con cargo a los recursos de PROTECCIÓN S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COPENSIONES la apeló. Argumentó en su alzada que el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 determinó la posibilidad de que el afiliado se traslade de régimen una vez cada 5 años contados a partir de la selección inicial; sin embargo, por razones financieras y estabilidad en el sistema pensional, la misma norma limitó el derecho cuando al afiliado le faltaren 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión, salvo aquellos afiliados que tuviesen 15 años cotizados a la entrada en vigencia del sistema

general de pensiones para quienes se conservó el derecho de regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida en cualquier momento.

Que las anteriores limitaciones se justifican en el Acto Legislativo 01 de 2005, el artículo 48 de la Constitución Política y, por tanto, todas las actuaciones como entidad deben estar encaminadas al cumplimiento del principio constitucional de sostenibilidad financiera y las disposiciones legales instauradas con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003 y el mentado Acto Legislativo 01 de 2005.

De otra parte, expuso que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición en cualquier tiempo, puesto que, según lo señalado por la Corte Constitucional, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 tan solo contaba con un aproximado de 10 semanas cotizadas.

En últimas, indicó que debe tenerse en cuenta el principio de relatividad jurídica, pues como entidad es un tercero del acto jurídico celebrado entre la demandante y el fondo privado.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, 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 que realizó la demandante.

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 la 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, 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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, 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 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 fue aportado el formulario de afiliación que efectuara la demandante ante la AFP PROTECCIÓN S.A. el 1º de abril de 1999 (Fl. 117 – PDF 02 PRUEBA y fl. 33 . PDF 08 CONTESTACIÓN DEMANDA PROTECCIÓN S.A.), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“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 pre-impresos, 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, la aquí demandante señora SOCORRO DEL PILAR GÓMEZ VALDERRAMA en el interrogatorio de parte a ella practicado no confesó situación alguna de que al momento del traslado que hiciera al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PROTECCIÓN S.A. se le hubiese brindado una asesoría ajustada a derecho, incluido tal aspecto sobre las implicaciones, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, entre otras situaciones de asesoría que entendiera de manera fehaciente la total información suministrada, sin advertirle características propias incluso del mismo Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como la cuenta de ahorro individual, rendimientos financieros, aportes voluntarios, modalidades por vejez dentro del régimen privado, el derecho de retracto, etc.

De allí que se pueda colegir la notoria falta de información por parte de PROTECCIÓN S.A. por cuanto no se obtuvo confesión alguna de la debida asesoría al tenor de los preceptos emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, carga probatoria que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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, 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	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
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 a la actora para el año 1994, 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 a la falladora de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP PROTECCIÓN S.A. no probó



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen del promotor.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

“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, es 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.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera respecto de COLPENSIONES, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, 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 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“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 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,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 las AFP tienen 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 han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual, luego, por lo que al retornarse las contingencias referidas, evidente es que existe satisfecho un financiamiento como consecuencia de una posible prestación a la demandante.

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”.*

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1019-2022, Radicación No. 87915 del 16 de marzo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

“Por ello se procederá a Condenar a Old Mutual SA hoy Skandia, a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, 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. 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.

Paralelamente, se ordenará a Porvenir SA devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por gastos de administración, comisiones 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, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Posición que ha sido reiterada por esa Alta Corporación en sentencia SL5047-2021, Radicación No. 83777 del 25 de octubre del 2021 en la que se indicó lo siguiente:

“Se modificará el numeral segundo de la misma providencia, en el sentido de que tanto Colfondos S. A. como Porvenir S. A. deberán trasladar a Colpensiones todos los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la accionante, junto con sus rendimiento, bonos pensionales, incluidos los gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos conceptos con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que permaneció inscrita en cada administradora, debidamente indexados” (Subrayado por la Sala)

De lo anterior, dimana con claridad que no erró la *a quo* en la decisión de primera instancia, así como que dispuso que las sumas que debe indexar PROTECCIÓN S.A. al momento de su devolución a COLPENSIONES aluden a los gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima,

situaciones todas por las que habrá de confirmarse la decisión primigenia en este aspecto.

COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES como quiera que el recurso de apelación no gozó con vocación de prosperidad en cuanto a no declarar la ineficacia de la afiliación aquí deprecada.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

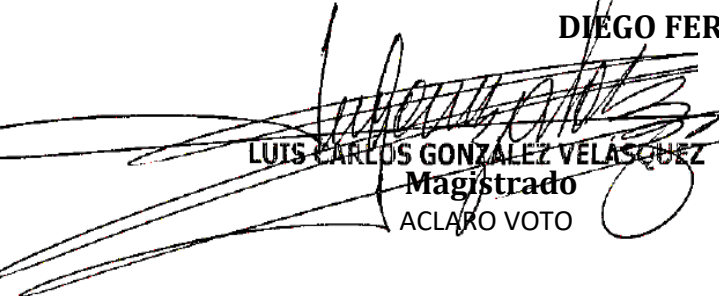
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente COLPENSIONES. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000 y a favor de la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado
ACLARO VOTO



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

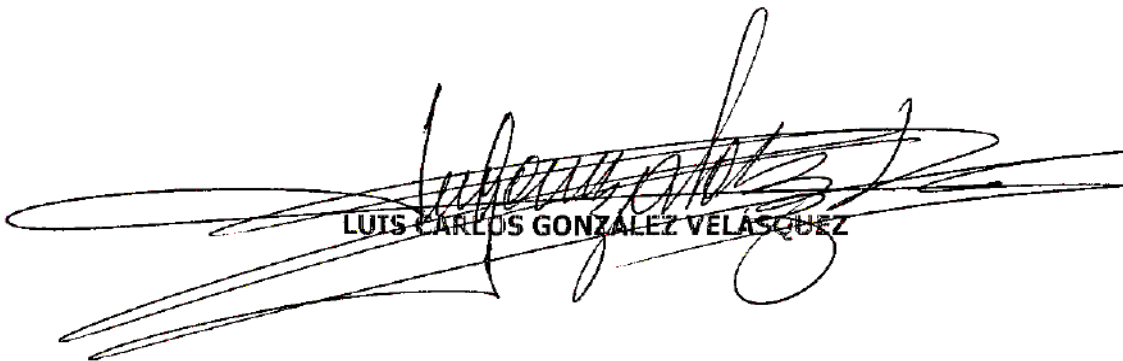
**PROCESO ORDINARIO LABORAL No 32 2022 00218 01 DE SOCORRO
DEL PILAR GÓMEZ VALDERRAMA contra COLPENSIONES y
PROTECCIÓN S.A.**

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 30 de noviembre de los corrientes.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó la actora al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar a la demandante válidamente vinculada al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 38 2022 00219 01
Demandante: JOSÉ ALFREDO CRUZ CELIS
Demandados: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de PORVENIR S.A. a la abogada LORENA PAOLA CASTILLO SOREANO, identificada con cédula de ciudadanía 1.032.505.290 y T.P. 404.442 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder a ella conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, en contra de la sentencia proferida el 27 de octubre de 2023 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, 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 adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JOSÉ ALFREDO CRUZ CELIS promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin de declararse la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de la AFP PORVENIR S.A., de allí que no existiese solución de continuidad en su afiliación en el régimen público administrado por COLPENSIONES.

Por consiguiente, se le ordene a PORVENIR S.A. la devolución con destino a COLPENSIONES de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios, rendimientos y gastos de administración generados durante el tiempo en que dichas de dinero estuvieron bajo su administración.

Igualmente, se le ordene a COLPENSIONES activar su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, recibiendo los aportes y rendimientos devueltos por el fondo privado y, finalmente, actualizar y corregir su historia laboral, así como que se le condene a PORVENIR S.A. al reconocimiento y pago de los perjuicios morales que estima en 200 S.M.L.M.V.M., o la suma que se considere. Por último, se les condene a las demandadas al pago de costas procesales.

Subsidiariamente, solicita se declare la nulidad del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 16 de noviembre de 1959, afiliándose al Régimen de Prima Media con Prestación Definida por intermedio del extinto ISS desde el año 1981.

Que una vez empezó a funcionar el sistema pensional administrado por los fondos privados de pensiones, estos comenzaron a ejercer una publicidad muy

agresiva por diferentes medios de comunicación personal y mediante visitas personales, de allí que el 7 de octubre de 1999 al no recibir información completa, necesaria, veraz, transparente y oportuna, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad suscribiendo formulario de afiliación por intermedio de PORVENIR S.A.

Adujo que dicha información fue llevada a cabo por la desinformación por parte de PORVENIR S.A., pues se le indicó que el fondo privado sería más beneficioso que el público, no se le explicó acerca de las características de ambos regímenes pensionales, no se le brindó un comparativo de los mismos.

Que en ningún momento se le hicieron advertencias sobre los riesgos que existirían por trasladarse, entre otros aspectos de desinformación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. indicó en su contestación que el traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ante sus dependencias fue totalmente válido, por cuanto se le brindó información pertinente y necesaria, ya que estuvo precedida de una asesoría oportuna, profesional, informada y con elementos de juicio objetivos para la toma de una decisión lo más informada posible.

Formuló como medios exceptivos los denominados prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, innominada o genérica y compensación.

COLPENSIONES refirió que el demandante por decisión propia solicitó el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, suscribiendo el correspondiente formulario de afiliación, voluntad que se ha visto ratificada con los más de 23 años realizando cotizaciones al régimen privado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Propuso las excepciones de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373-2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 27 de octubre de 2023, resolvió:

“PRIMERA: DECLARAR la ineficacia de la afiliación verificada por el señor JOSE ALFREDO CRUZ CELIS con destino a la AFP PORVENIR S.A con ocasión de suscripción de formulario de afiliación el 07 DE OCTUBRE DE 1999. Lo anterior específicamente por lo señalado en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y a la AFP PORVENIR S.A que conjunta y coordinadamente, adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a reactivar la afiliación del demandante al RPMPD administrado por COLPENSIONES y a trasladar los recursos girados con destino al RAIS por cuenta del actor durante el tiempo que permaneció vinculado irregularmente a este régimen, debiéndose transferir los respectivos recursos debidamente indexados, en la forma señalada en la parte motiva de la presente sentencia, 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, resaltando que el giro de recursos pertinente con destino al RPMPD 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 con cargo a recursos propios de la AFP PORVENIR S.A, sin lugar a descuento de naturaleza alguna.

Cabe anotar que, 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 estos recursos al Sistema General de Pensiones.

Todo lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

TERCERO: ABSOLVER a PORVENIR S.A, de las pretensiones de la demanda relacionadas con el reconocimiento de indemnización de perjuicios por lo señalado en la parte motiva.

CUARTO: *Dadas las resultas del juicio, el Despacho se considera relevado de las Pretensiones subsidiariamente interpuestas.*

QUINTO: EXCEPCIONES. *Dadas las resultas del juicio, el Despacho declara no probadas las propuestas respecto de las determinaciones adoptadas y frente a la absolución producida se considera relevado del estudio de las propuestas.*

SEXTO: COSTAS. *Lo serán a cargo de **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.*

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

Para arribar a dicha conclusión, el operador de instancia indicó que, como lo ha adocinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, le corresponde a las AFP suministrar a sus potenciales afiliados una información detallada y suficiente sobre las características, ventajas, desventajas y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no se prueba con el formulario de afiliación, carga probatoria que en el *sub-examine* no se logró demostrar por parte de la AFP PORVENIR S.A., máxime si se tiene en cuenta que el demandante dentro del interrogatorio de parte no confesó que se le hubiese brindado una información completa respecto de las características de ambos regímenes al tenor de lo preceptuado por la Alta Corporación.

Por tal razón, ordenó a la AFP PORVENIR S.A. que en conjunto con COLPENSIONES, adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a reembolsar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida los recursos percibidos por la referida PORVENIR S.A. durante el tiempo en que el actor estuvo afiliado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, recursos que por demás deberán ser devueltos debidamente indexados.

En lo que atañe a la indemnización de perjuicios también perseguida por el demandante, adujo el *a-quo* que en virtud a que se accedió a las pretensiones

de la demanda relacionadas con la ineficacia del traslado, no puede predicarse la configuración de un daño específico, por lo que absolvió sobre este tópico.

III. RECURSOS DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. la apeló. Argumentó en su alzada que como administradora pensional cumplió con la carga que le correspondía para el año 1999 con ocasión al deber de información que estaba vigente para dicha data, pues el único requisito exigido era dejar constancia acerca de la asesoría debidamente suministrada a través del formulario de afiliación, último que fue allegado con la contestación de la demanda, adicional a que, al ser el actor un consumidor financiero, respecto de él también recaía la obligación de conocer aspectos propios del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, máxime si se tiene en cuenta que ha permanecido por más de 20 años en ese régimen, de allí la notoria intención de continuidad.

Por otra parte, arguyó que no hay lugar a trasladar los recursos del demandante de manera indexada, toda vez que los mismos son dineros actuales y, por consiguiente, de proceder dicha indexación se estaría generando un doble pago por el mismo concepto, así como que tampoco resultaría procedente el traslado de los seguros previsionales y los gastos de administración en la medida que en virtud del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por mandato legal fue que se realizaron dichos descuentos.

COLPENSIONES argumentó en su alzada que de prosperar el traslado del demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida conllevaría a afectar la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones. Asimismo, adujo que para la época del traslado del actor al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el único requisito que se le exigía al fondo privado era el formulario de afiliación, lo cual implica que dicho traslado de régimen pensional se llevó en legal orden para la época.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, 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 que realizó la demandante.

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, 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*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 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 fue aportado el formulario de afiliación que suscribiera el demandante por intermedio de la AFP PORVENIR S.A. el 7 de octubre de 1999 (Fl. 36 – PDF 01 DEMANDA ORDINARIA y fl. 58 – PDF 07 ESCRITO DE CONTESTACIÓN DE DEMANDA PORVENIR S.A.), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, “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 pre-impresos, 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, el aquí demandante señor JOSÉ ALFREDO CRUZ CELIS en el interrogatorio de parte a él practicado no confesó que se le hubiese brindado una asesoría ajustada a derecho, incluidas las implicaciones, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, y otras situaciones de asesoría que entendiera de manera fehaciente la total información suministrada, sin advertirle características propias incluso del mismo Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como la cuenta de ahorro individual, aportes voluntarios, modalidades por vejez dentro del régimen privado, el derecho de retracto, etc.

De allí que se pueda colegir la notoria falta de información por parte de PORVENIR S.A. por cuanto no se obtuvo confesión alguna de la debida asesoría al tenor de los preceptos emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, carga probatoria que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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 acumulativa	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 a la actora para el año 1999, 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 al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP PORVENIR S.A. no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen del promotor.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración que absolviera el fallador de instancia, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

“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, es 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.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera en lo que atañe a COLPENSIONES, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 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 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,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 las AFP tienen 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 han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual, luego, por lo que al retornarse las contingencias referidas, evidente es que existe satisfecho un financiamiento como consecuencia de una posible prestación a la demandante.

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”.*

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.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1019-2022, Radicación No. 87915 del 16 de marzo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

*“Por ello se procederá a Condenar a Old Mutual SA hoy Skandia, a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los **gastos de administración, comisiones, 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**. 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.*

*Paralelamente, se ordenará a Porvenir SA devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por **gastos de administración, comisiones 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**, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

Posición que ha sido reiterada por esa Alta Corporación en sentencia SL5047-2021, Radicación No. 83777 del 25 de octubre del 2021 en la que se indicó lo siguiente:

*“Se modificará el numeral segundo de la misma providencia, en el sentido de que tanto Colfondos S. A. como Porvenir S. A. deberán trasladar a Colpensiones todos los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la accionante, junto con sus rendimiento, bonos pensionales, incluidos **los gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos conceptos con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que permaneció inscrita en cada administradora, debidamente indexados**” (Subrayado por la Sala)*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De lo anterior, dimana con claridad que la decisión de primer grado habrá de confirmarse en lo que atañe a la prosperidad de la ineficacia del traslado que realizó la demandante con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

No obstante, la sentencia de primera instancia habrá de modificarse parcialmente, en la medida que, si bien el fallador de instancia determinó la ineficacia del traslado y la consecuente devolución con destino al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de ciertos rubros de manera indexada, lo cierto es que no detalló cuáles eran objeto de devolución e indexación.

En tal sentido, se ordenará a PORVENIR S.A. que traslade con destino a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales, así como la devolución de los gastos de administración, comisiones 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.

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.

COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. como quiera que los recursos de apelación no gozaron con vocación de prosperidad.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA 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:

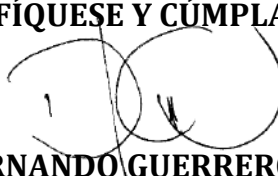
PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a PORVENIR S.A. que traslade con destino a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales, así como la devolución de los gastos de administración, comisiones 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.

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.

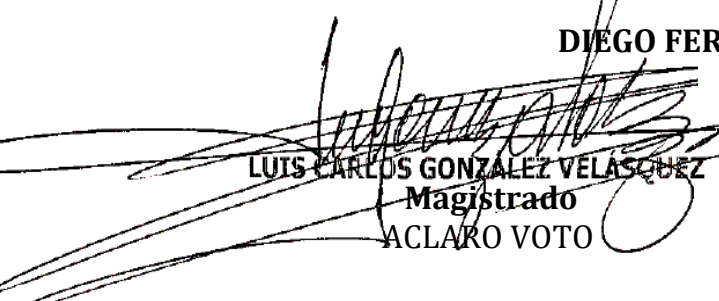
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cada una de las demandadas y a favor de la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

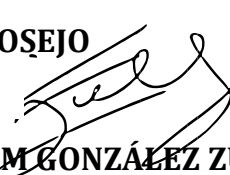
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado
ACLARO VOTO



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

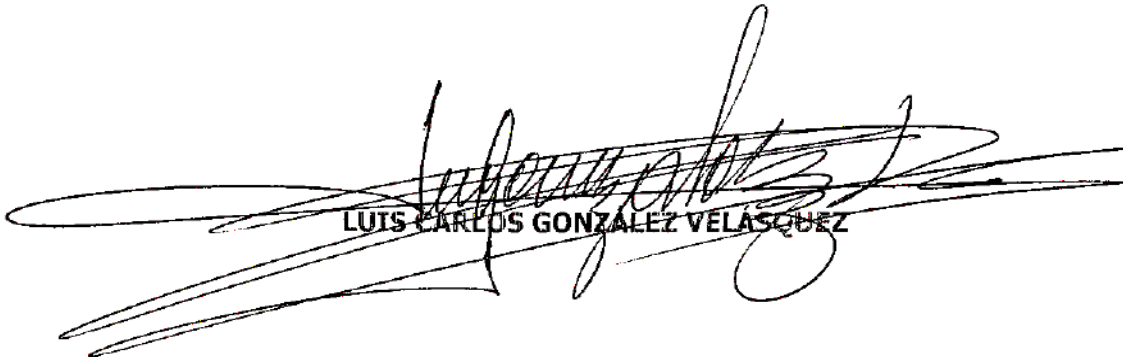
**PROCESO ORDINARIO LABORAL No 38 2022 00219 01 DE JOSÉ
ALFREDO CRUZ CELIS contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 12 de diciembre de los corrientes.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó la actora al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar a la demandante válidamente vinculada al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral : 1100131050 39 2021 00379 01
Demandante: NELSON DE JESÚS CABELLOS DÁVILA
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada PAOLA ALEJANDRA MORENO VÁSQUEZ, identificada con cédula de ciudadanía 1.030.536.323 y T.P. 217.803 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder a ella conferida.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, en contra de la sentencia proferida el 10 de mayo de 2023 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el presente asunto 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 sentencia proferida fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor NELSON DE JESÚS CABELLOS DÁVILA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, a fin de que se le condene a la encartada a reliquidar la pensión de vejez que le fuese reconocida mediante la Resolución SUB 175046 del 14 de agosto de 2020, junto con el pago de retroactivo pensional debidamente indexado, intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita* y las costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 27 de julio de 1958, cumpliendo los requisitos pensionales en lo que atañe a la edad y tiempo de servicios el 27 de julio de 2020.

Que, como consecuencia de lo anterior, COLPENSIONES mediante Resolución SUB 175046 del 14 de agosto de 2020 reconoció pensión de vejez a su favor en cuantía inicial de \$14.211.673 a partir del 1º de agosto de 2020, acto administrativo en el que quedó plenamente consignado que había acreditado un total de 1991 semanas cotizadas.

Refirió que la pensión de vejez le fue liquidada teniendo en cuenta un ingreso base de liquidación de \$20.158.402, a la cual se le aplicó una tasa de reemplazo del 70.50%, IBL que equivale a 23 S.M.L.M.V.

Mencionó que COLPENSIONES a través de Resoluciones SUB 76500 del 25 de marzo de 2021 y DPE 3022 del 27 de abril de 2021 con ocasión de los recursos de reposición y apelación, confirmó en todos sus apartes el acto administrativo primigenio.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, arguyendo que al momento de determinar la tasa de reemplazo que fue adoptada para el reconocimiento pensional por vejez del demandante se llevó a cabo en legal orden, como quiera que el ingreso base de liquidación tenido en cuenta fue aplicado en virtud del principio de favorabilidad y sobre el tope máximo de los valores reportados y demás factores, ello de conformidad con lo establecido en el régimen legal y en los periodos correspondientes, de allí que al no generarse valores que incrementaran su prestación, debe negarse la reliquidación pretendida.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos administrativos, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, compensación, prescripción y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 10 de mayo de 2023 declaró que el aquí demandante señor NELSON DE JEDÚS CABELLO DÁVILA le asiste derecho a la reliquidación pensional de vejez reconocida por COLPENSIONES mediante Resolución SUB 175046 del 14 de agosto de 2020, teniendo como primera mesada pensional al 1º de agosto de 2020 la suma de \$14.861.083.

Por consiguiente, condenó a COLPENSIONES pagar a favor del actor el retroactivo de la diferencia de las mesadas pensionales a partir del 1º de agosto de 2020 y hasta que se efectúe su pago, el cual al 30 de abril de 2023 ascendió a la suma de \$25.987.336.41, valor que deberá indexarse al momento del pago correspondiente.

En últimas, absolvió a COLPENSIONES al pago de los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, declarando probada la excepción de no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, y no probadas las demás excepciones propuestas.

Para arribar a dicha conclusión, indicó la *a-quo* en primer lugar que no fue objeto de discusión que el demandante nació el 27 de julio de 1957 y, por ende, cumplió la edad y tiempo de servicios para pensionarse el 27 de julio de 2020, así como que mediante Resolución SUB 175046 del 14 de agosto de 2020, COLPENSIONES concedió al actor una pensión de vejez en cuantía de \$14.211.673 a partir del 1º de agosto de 2020, donde estableció un total de 1191 semanas cotizadas y un IBL de \$20.158.402 durante los últimos 10 años cotizados, al cual le fue aplicada una tasa de reemplazo del 70.50%.

Que, aunado a lo anterior, expuso que para el reconocimiento pensional COLPENSIONES únicamente tuvo en cuenta las primeras 500 semanas adicionales a las 1300 requeridas por la norma, lo que se tradujo en un incremento pensional del 15% de la tasa de reemplazo inicial sobre el IBL calculado con base en los últimos 10 años.

En tal sentido, la operadora de instancia adujo que de conformidad con lo establecido en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, en concordancia con lo preceptuado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, todas las semanas cotizadas adicionales a las mínimas que exige la norma, esto es 1300 semanas, incluidas las posteriores a las 500 semanas adicionales, deben ser contabilizadas a efectos de determinar la tasa de reemplazo o el monto de vejez, siempre y cuando no exceda del porcentaje máximo establecido que es el 80% del ingreso base de liquidación.

Seguidamente, expuso la *a-quo* que, descendiendo al *sub lite*, mientras que COLPENSIONES tomó como IBL la suma de \$20.158.402, el demandante persigue un IBL equivalente a \$ 20.383.300, de allí que para resolver dicha

discrepancia, determinó que una vez realizadas las operaciones aritméticas respectivas conforme lo cotizado por el actor en los últimos 10 años, al actor le corresponde una tasa de reemplazo equivalente al 73.48%, que al aplicarle el IBL arroja la suma de \$14.861.083, surgiendo así una diferencia de \$649.410 entre esta y la mesada establecida por COLPENSIONES para el año 2020.

Por tal razón, decidió que el demandante tiene derecho a un retroactivo pensional a razón de la diferencia pensional a partir del 1º de agosto de 2020 y hasta el 30 de abril de 2023 que asciende a la suma de \$25.987.3367,41.

De otra parte, coligió que en lo que atañe a los intereses estimados de conformidad con lo establecido en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, los mismos no resultaban procedentes como quiera que, según lo ha estimado el órgano de cierre, en tratándose de cambio jurisprudencial no gozaban de prosperidad; circunstancia por la cual, en el presente asunto no había lugar a condena ya que el reconocimiento del retroactivo pensional aquí reconocido fue con ocasión de la interpretación de la Corte sobre el mismo aspecto en la sentencia SL3501-2022, aspectos todos por los que absolvió sobre este aspecto.

Frente a la excepción de prescripción, concluyó que no había operado este fenómeno sobre ninguna de las mesadas pensionales en las que se reconoció el retroactivo pensional.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Argumentó en su alzada no compartir el monto de la primera mesada pensional determinada en primer grado, por lo que de llegarse a encontrar en esta instancia valores superiores, los mismos deben ser reconocidos.

De otro lado, arguyó ser procedente el pago de los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, ello de conformidad con

el precedente jurisprudencial emanado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en el entendido que este pago también puede ser reconocido cuando se solicitan reajustes pensionales o reliquidaciones.

También, solicitó que a COLPENSIONES se le condene en costas procesales, por cuanto fue vencida en juicio.

COLPENSIONES por su parte argumentó en la apelación que, como entidad obró conforme a derecho, reconociendo a favor del demandante pensión de vejez de conformidad con lo reglado en la Ley 797 de 2003, esto en aplicación a las debidas operaciones aritméticas allí contenidas.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, en atención de los recursos de apelación interpuestos por las partes, así como el grado jurisdiccional de consulta que se estudia en proceso en favor de COLPENSIONES, por metodología en la resolución del asunto la Sala abordará los siguientes problemas jurídicos:

_ Auscultar si al demandante señor NELSON DE JESÚS CABELLO DÁVILA le asiste derecho a la reliquidación de su pensión de vejez.

_ De salir avante lo anterior, habrá de determinarse si el precedente por parte de COLPENSIONES el pago de los intereses moratorios reglados en el

artículo 141 de la Ley 100 de 1993, así como las costas procesales con cargo a la entidad.

c. Del análisis del caso en concreto:

Previo al análisis del asunto *sub examine*, sea lo primero indicar que no fueron objeto de reproche los siguientes aspectos:

- (i) Que el demandante señor NELSON DE JESÚS CABELLO DÁVILA nació el 27 de julio de 1958 según da cuenta la copia de su cédula de ciudadanía, de allí que hubiese cumplido 62 años de edad el mismo día y mes de 2020 (Fl. 8 – PDF 01).
- (ii) Que COLPENSIONES mediante Resolución SUB 175046 del 14 de agosto de 2020, reconoció pensión de vejez al demandante en los términos de que trata la Ley 797 de 2003, prestación que se reconoció a partir del 1º de agosto de 2020 en cuantía inicial de \$14.211.673.

Además, allí quedó plenamente consignado que al demandante para el cálculo de la pensión en valor de \$14.211.673, se le tuvo en cuenta como IBL el promedio de lo devengado en los últimos 10 años de servicios según lo preceptuado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, al igual que un total de 1991 semanas de cotización, el cual arrojó un de \$20.158.402 y le fue aplicada una tasa de reemplazo del 70.50% (Fls. 9 a 16 – PDF 01).

- (iii) Que, con ocasión del anterior acto administrativo, el demandante mediante recursos de reposición y apelación solicitó la reliquidación pensional, la cual fue negada por COLPENSIONES a través de las Resoluciones SUB 76500 del 25 de marzo de 2021 y

DPE 3022 del 27 de abril de 2021, donde se confirmó la resolución primigenia (Fls. 17 a 30 y 31 a 41 – PDF 01).

d. De la reliquidación pensional en los términos del artículo 10º de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el artículo 34 de la Ley 100 de 1993:

En tal sentido, advierte la Sala que la reliquidación pensional alegada por el demandante gravita en torno a que COLPENSIONES cuando reconoció la pensión de vejez, no aplicó la tasa de reemplazo correspondiente teniendo en cuenta la densidad de semanas cotizadas, ello de conformidad con lo establecido en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003.

Ahora bien, menester resulta poner de presente que el precepto normativo en mención dispone:

“ARTÍCULO 34. MONTO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ. *El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1.000 semanas de cotización, será equivalente al 65% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.000 hasta las 1.200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización al 73% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.200 hasta las 1.400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación.*

El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el artículo siguiente.

A partir del 1o. de enero del año 2004 se aplicarán las siguientes reglas:

El monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas, será del equivalente al 65%, del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente:

$r = 65.50 - 0.50 s$, donde:

r = porcentaje del ingreso de liquidación.

s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

<Aparte subrayado INEXEQUIBLE, en relación con los efectos para las mujeres. Efectos diferidos> A partir del 2004, el monto mensual de la pensión de vejez será un porcentaje que oscilará entre el 65 y el 55% del ingreso base de liquidación de los afiliados, en forma decreciente en función de su nivel de ingresos calculado con base en la fórmula señalada. El 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 semanas. Adicionalmente, el 1o. de enero de 2006 se incrementarán en 25 semanas cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

A partir del 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo. El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima.”

En tratándose entonces de la fórmula de liquidación del monto pensional, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL3501-2022, Radicación No. 92207 del 17 de agosto de 2022, hizo una interpretación del precepto normativo en los siguientes términos:

“Así las cosas, el citado artículo 34 contiene dos elementos estructurales para establecer el monto de la pensión de vejez: i) una fórmula decreciente para calcular la tasa de reemplazo; y ii) un incremento de esa tasa de reemplazo por semanas de cotización adicionales a las mínimas, hasta llegar a un monto máximo de pensión entre el 80% y el 70.5% del IBL, en forma decreciente en función del nivel de ingresos, calculado con base en la misma fórmula.

De la misma manera, el precepto señala que «[...] El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima».

Pues bien, para determinar el porcentaje de la pensión de vejez, debe utilizarse la fórmula $r = 65.50 - 0.50 s$, donde ‘r’ es igual al porcentaje del ingreso de liquidación y ‘s’ al número de salarios mínimos legales mensuales vigentes, por lo tanto, la tasa de reemplazo es el resultado de restarle a 65.50 los salarios mínimos contenidos en el IBL en cada caso; de esa forma, la tasa de reemplazo es decreciente en función del ingreso base de liquidación del afiliado: a mayor ingreso base de liquidación menor

será la tasa de reemplazo y, por el contrario, a menor ingreso mayor será la tasa indicada.

Más adelante, el órgano de cierre refirió:

“El segundo elemento para determinar el monto de la pensión de vejez corresponde al incremento del porcentaje o tasa de reemplazo por semanas de cotización adicionales a las mínimas requeridas para la pensión de vejez (1300), hasta llegar al monto máximo, como lo prevé la norma: «A partir del 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo».

Dentro de este contexto, el primer paso para el análisis a fin de evaluar el verdadero alcance del precepto en estudio, implica indagar si lo pretendido por la norma es limitar el incremento de la tasa de reemplazo a un porcentaje máximo alcanzado con 500 semanas cotizadas adicionales a las 1300, es decir, para un total de 1800 semanas válidas y, de esta manera, impedir que se pueda alcanzar el monto máximo de la pensión establecido como regla general en el 80% del ingreso base de liquidación -- con excepción de los de salario mínimo a quienes se les garantiza un 100% del ingreso base de liquidación--.

Al respecto, conforme al artículo 34 citado, el monto mensual de la pensión de vejez que se obtiene con el mínimo de semanas requeridas corresponde a un porcentaje que oscila entre el 65% y el 55% del ingreso base de liquidación en cada caso, en forma decreciente, en función de su nivel de ingresos calculado con base en la fórmula señalada. Así, la tasa de reemplazo inicial del 65% se obtiene cuando el ingreso base de liquidación es equivalente a un salario mínimo, siendo por lo tanto el valor de “s” igual a 1 SMLMV. Veamos la fórmula:

Fórmula: $r = 65.50 - 0.50 s$

($0.50 \times 1 = 0.5$)

Resultado: $r = 65.50 - 0.50 = 65$

De esta manera, el valor de la pensión se halla al aplicar al ingreso base de liquidación una tasa de reemplazo calculada con base en la fórmula decreciente señalada, lo que constituye una innovación introducida por el Ley 797 de 2003, ya que, básicamente, se pasa de una tasa de reemplazo fija del 65%, como se estableció en la normativa original --Ley 100 de

1993--, a hacerlo con una tasa variable entre el 65% y el 55%, calculada en función del nivel de ingresos de cotización.

En ese sentido, parece claro que la intención del legislador también ha sido la de desincentivar al interesado para que aumente de forma fraudulenta el ingreso base de cotización sin guardar correspondencia con los ingresos efectivamente percibidos, pues la regla, se itera, es que: a mayor ingreso base de liquidación menor será la tasa de reemplazo y, por el contrario, a menor ingreso mayor será la tasa indicada.

Ahora bien, quien pretenda incrementar la tasa de reemplazo inicial del 65%, debe entonces cotizar 500 semanas adicionales para alcanzar el monto máximo del 80%, como se refleja en la siguiente tabla:

Semanas cotizadas	Salarios mínimos	Tasa de reemplazo
1.300	1	65.0%
1.350	1	66.5%
1.400	1	68.0%
1.450	1	69.5%
1.500	1	71.0%
1.550	1	72.5%
1.600	1	74.0%
1.650	1	75.5%
1.700	1	77.0%
1.750	1	78.5%
1.800	1	80.0%

Lo anterior indica que cuando la tasa de reemplazo corresponde al 65%, entonces son 500 semanas adicionales las que se necesitan para llegar al máximo del 80%. No obstante, en este caso, como la tasa de reemplazo del 65% se obtiene cuando el ingreso base de liquidación es equivalente a un salario mínimo, el monto deberá ser ajustado al 100% de este salario, con el fin de asegurar que se cumpla el mandato del artículo 35 de la Ley 100 de 1993.

Así mismo, la norma también contempla un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% del ingreso base de liquidación, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula indicada, sin embargo, la parte final del mencionado artículo 34 de forma expresa enfatiza en que, “El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación”, pero en este caso, sin indicar rango alguno de oscilación.

Ahora bien, para la Corte lo lógico es, como lo señaló el legislador, calcular el monto inicial de la pensión conforme a la tasa de reemplazo variable en función del nivel de ingresos de cotización, de suerte que, el monto máximo es directamente proporcional al número de cotizaciones adicionales a las mínimas requeridas, es decir, la tasa de reemplazo pende



del nivel de ingresos del afiliado y del monto máximo del número de semanas cotizadas; no obstante, las cotizaciones efectuadas a partir del porcentaje máximo del 80% no se computan, ni procede su devolución, en virtud del principio de solidaridad, expresado en ese tope porcentual sobre el límite de salarios mínimos a los que puede llegar el monto de la prestación pensional otorgada por el Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993, con las reformas y adiciones legales ya enunciadas.

En efecto, la fórmula decreciente estableció que para determinar la tasa de reemplazo se resta a 65.50 los salarios mínimos contenidos en el IBL en cada caso, por tanto, si se vuelve a utilizar ésta para calcular el monto máximo de la pensión, se estaría tomando el nivel de ingresos de cotización para disminuir o castigar dos veces el monto de la pensión, lo cual no tiene justificación alguna, pues con la fórmula se pretende desincentivar el aumento injustificado del ingreso base de cotización, pero en manera alguna limitar el número de semanas necesario para alcanzar el monto máximo de la pensión establecido por la misma norma, salvo la del tope legal ahora vigente de 25 SMMLV.

No puede perderse de vista que, en un régimen de pensiones basado en cotizaciones contributivas, como lo es el establecido por la Ley 100 de 1993, la cotización se encuentra atada a la actividad laboral desarrollada por el afiliado, bien sea como trabajador dependiente o como independiente, así, aquella es consecuencia directa del trabajo humano que cuenta con una especial protección constitucional, en consecuencia, no existe razón lógica alguna, en criterio de la Corte, que permita la exclusión de las semanas posteriores a las primeras 500 adicionales a las mínimas, necesarias para alcanzar el monto máximo de la pensión, pues ello, sin duda, vulnera el derecho fundamental al trabajo.

Así las cosas, los afiliados que obtienen una tasa de reemplazo inicial inferior al 65% pueden incrementar el porcentaje con semanas adicionales a las mínimas requeridas, hasta llegar al monto máximo del 80% del ingreso base de liquidación, pues, de lo contrario, la norma no surtiría ningún efecto, ya que con sólo 500 semanas adicionales no se alcanza el monto del 80% del ingreso base de liquidación, que es el máximo que permite la norma.

Por otro lado, nótese que el incremento de la tasa de reemplazo en un 1.5% del ingreso base de liquidación, por cada 50 semanas adicionales a las mínimas requeridas, corresponde a una forma de estimular el trabajo productivo, como valor fundante del Estado Social de Derecho, dado que el trabajo “es ciertamente un derecho humano (Artículo 25) pero también constituye, al mismo nivel del respeto o la dignidad humana, un principio o elemento fundamental del nuevo orden estatal. Cuando el Constituyente de 1991 decidió garantizar un orden político, económico y social justo e hizo del trabajo requisito indispensable del Estado, quiso significar con ello que la materia laboral, en sus diversas manifestaciones, no puede estar ausente de la construcción de la nueva legalidad” (CC C-542-1992).”

Ahora, la alta Corporación en decisión SL810-2023, Radicación No. 92207 del 15 de marzo de 2023, enfatizó:

“Como se advirtió en líneas precedentes, el primer ataque de la demanda de casación salió avante, porque el Tribunal consideró que conforme al artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, para incrementar el monto de la pensión de vejez «sólo podrán ser válidas hasta máximo 1800 semanas en total, es decir, solo se pueden adicionar 500 semanas a las 1300 exigidas por la Ley, en aras de obtener la tasa de remplazo teniendo en cuenta la fórmula decreciente señalada en la citada norma», sin embargo, no tuvo en cuenta que la fórmula decreciente se aplica, únicamente, para determinar el monto o tasa de reemplazo inicial o de partida, pero no para establecer el monto máximo de la pensión, pues éste pende de los incrementos por semanas adicionales a las mínimas.

Tal como quedó asentado en sede de casación, las cotizaciones efectuadas a partir del porcentaje máximo del 80% no se computan, ni procede su devolución, en virtud del principio de solidaridad expresado en ese tope porcentual, sobre el límite de salarios mínimos a los que puede llegar el monto de la prestación pensional (25 smlmv) otorgado por el sistema general de pensiones.

Así mismo, se precisó que el ingreso base de liquidación es una de las variables que utiliza la fórmula decreciente para determinar el monto inicial de la pensión, con el fin de desincentivar el aumento injustificado del ingreso base de cotización, pero que en modo alguno se puede volver a utilizar para limitar el número de semanas adicionales que se necesitan para alcanzar el monto máximo del 80%, porque con ello se estaría disminuyendo o castigando por doble vez el monto de la prestación con fundamento en la misma causa --nivel de ingresos del afiliado--, lo que en efecto constituiría una vulneración del derecho fundamental al trabajo, por invalidarse semanas de cotización que el afiliado legalmente está obligado a efectuar.

Por eso se dijo que entenderlo diferente conduciría a concluir que ningún afiliado lograría, con 500 semanas de cotización adicionales a las mínimas, alcanzar el 80% del Ingreso Base de Liquidación, con excepción de aquellos de salario mínimo cuya tasa de reemplazo inicial es del 65% --quienes por disposición legal obtienen el 100% del IBL--, lo cual riñe con la estructura lógica de la proposición prescriptiva al disponer que “el valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación”, dado que el precepto no indica rango alguno de oscilación, es decir, no hace distinción respecto de los destinatarios o clase de afiliados que pueden acceder al porcentaje máximo fijado, pues

la norma se dirige de manera general a todos aquellos a quienes se les reconozca el derecho pensional conforme a la Ley 797 de 2003.

Ahora, cuando el porcentaje inicial es del 65%, el ingreso base de liquidación es igual a 1 SMLMV, sin embargo, en ese caso, el monto máximo de la pensión corresponde al 100% del IBL y no al 80%, pues el valor de la pensión no podrá ser inferior a la pensión mínima, por tanto, la mera diferencia del 15% que existe entre el 65% inicial y el máximo 80% no supone que se haya dispuesto un tope de 500 semanas adicionales a las mínimas o, lo que es lo mismo, que el monto de la pensión sólo se pueda incrementar hasta un 15%, porque ello ni expresa ni tácitamente se encuentra contemplado en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003.

Añadido a lo anterior, el incremento del monto de la pensión por semanas adicionales a las mínimas requeridas “corresponde a una forma de estimular el trabajo productivo, como valor fundante del Estado Social de Derecho”, lo que justifica prolongar los tiempos en que debe mantenerse la cotización al sistema general de pensiones, ello con relación a la condición de ser utilizado como factor para calcular los incrementos del monto de la pensión, en una clara interdependencia entre el derecho del trabajo y la seguridad social.

En otras palabras, el precepto no consagra una limitación en el número de semanas adicionales a las mínimas para alcanzar el porcentaje máximo -- como sí fue previsto por la Ley 100 de 1993 en su versión original para alcanzar hasta el 85% del IBL (1400 semanas)-- ni establece un monto máximo para cada caso en particular, pues éste corresponde, de manera general, al 80% para todos los afiliados, con independencia del número de semanas que de manera individual se requieran para alcanzarlo, dado que, como se mencionó en precedencia, el porcentaje inicial o de partida es variable conforme a la fórmula decreciente.

De esta manera, por ejemplo, cuando se fija un monto inicial de la pensión del 55% del IBL, por haber alcanzado el afiliado el número mínimo de 1300 semanas (25,5 años), debe tenerse en cuenta que para lograr el monto máximo del 80% del IBL, es necesario cotizar un número adicional de 850 semanas (16,7 años), para un total de 2.150, lo que significa que el afiliado debe realizar cotizaciones durante 42,2 años de trabajo, tal cual se refleja en la siguiente tabla:

Monto	Semanas cotizadas
55%	1300
56.5%	1350
58%	1400
59.5%	1450
61%	1500



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

62.5%	1550
64%	1600
65.5%	1650
67%	1700
68.5%	1750
70%	1800
71.5%	1850
73%	1900
74.5%	1950
76%	2000
77.5%	2050
79%	2100
80%	2150

Así las cosas, el efecto económico real de la fórmula decreciente es disminuir el monto de la pensión de vejez en función del nivel de ingresos del afiliado y, como consecuencia, aparece aumentar el número de semanas adicionales a las mínimas para alcanzar el porcentaje máximo, pues la regla es que, a menor tasa de reemplazo mayor será el número de semanas adicionales de cotización exigidas para lograr el porcentaje del 80%, haciendo más gravosa la situación de los beneficiarios, por requerirse, al paso que desciende la tasa de reemplazo, un número más elevado de semanas adicionales a las mínimas para aumentar el monto de la pensión.

Así, en criterio de la Corte, resulta ser un desatino aplicar la fórmula decreciente también para establecer el monto máximo de la pensión de vejez, por cuanto previamente dicha fórmula fue aplicada para determinar el porcentaje inicial en función del nivel de ingresos del afiliado y, además, porque si se llegara a determinar también el porcentaje máximo con la mentada fórmula, se itera, evidente resultaría que se desestimularía la prolongación de la cotización al sistema, se disminuiría el tiempo de recaudación y se extendería el período de pago de la prestación.

En esa línea, la permanencia de la cotización en el sistema general de pensiones cumple varias funciones: i) en relación con la acreditación del requisito para acceder al derecho; ii) ser utilizada como factor para calcular el monto y los incrementos de la pensión; y iii) como fuente de la que se obtienen los recursos económicos para financiar la prestación. Por tal razón, limitar el número de cotizaciones adicionales a las mínimas como barrera de acceso a la tasa de reemplazo máxima del 80% del IBL contraviene la obligación legal de cotizar y los principios básicos del aseguramiento social en que se asientan los sistemas de prestación definida.

Luego, entonces, de acuerdo con el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, y conforme a lo resuelto en la sede extraordinaria, resulta palmario que el actor, por tener acreditadas un total de 2125 semanas de cotización (+ de 40 años de cotización), tiene derecho al incremento del monto pensional pretendido, dado que, como quedó visto, son válidas todas las semanas adicionales a las mínimas requeridas --1300-- hasta alcanzar el monto máximo de la pensión del 80% del IBL.”

Bajo esta égida, conforme lo reglado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia con ocasión a la fórmula de liquidar la prestación pensional por vejez determinada en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, el cual fue modificado por el artículo 10º de la Ley 797 de 2003, para calcularse el monto de la mesada pensional debe tenerse en cuenta la fórmula decreciente que allí se regula, para posteriormente, sumar el número de semanas adicionales a las mínimas con la finalidad de llegar al porcentaje máximo permitido en la tasa de reemplazo que es el 80%.

Por ello, una vez confrontada la historia laboral del señor NELSON DE JESÚS CABELLOS DÁVILA, se tiene que el mismo cotizó un total de 1991. Es así como una vez efectuadas las operaciones correspondientes, calculando el IBL de los últimos 10 años en virtud del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, este arrojó un IBL de \$20.209.858.82, el cual aplicando la fórmula matemática de que trata el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10º de la Ley 797 de 2003, en el asunto de marras debió emplearse una tasa de reemplazo del 73.49%, de allí que la mesada pensional del demandante al 1º de agosto de 2020 ascendiera a la suma de \$14.851.899.03, y no como lo determinó COLPENSIONES mediante Resolución SUB 175046 del 14 de agosto de 2020 \$14.211.673, situaciones todas que se ponen de presente a continuación:

Promedio Salarial Anual							
Año 2010							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/08/10	31/08/10	30	12.875.000,00	429.166,67	\$ 12.875.000,0		
01/09/10	30/09/10	30	12.875.000,00	429.166,67	\$ 12.875.000,0		
01/10/10	31/10/10	30	12.875.000,00	429.166,67	\$ 12.875.000,0		
01/11/10	30/11/10	30	12.875.000,00	429.166,67	\$ 12.875.000,0		
01/12/10	31/12/10	30	12.875.000,00	429.166,67	\$ 12.875.000,0		
Total días		150			\$ 64.375.000,0	\$ 429.166,67	\$ 12.875.000,00



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Año 2011							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/11	31/01/11	30	13.390.000,00	446.333,33	\$ 13.390.000,0		
01/02/11	28/02/11	30	13.390.000,00	446.333,33	\$ 13.390.000,0		
01/03/11	31/03/11	30	13.390.000,00	446.333,33	\$ 13.390.000,0		
01/04/11	30/04/11	30	13.390.000,00	446.333,33	\$ 13.390.000,0		
01/05/11	31/05/11	30	13.390.000,00	446.333,33	\$ 13.390.000,0		
01/06/11	30/06/11	30	13.390.000,00	446.333,33	\$ 13.390.000,0		
01/07/11	31/07/11	30	13.390.000,00	446.333,33	\$ 13.390.000,0		
01/08/11	31/08/11	30	13.390.000,00	446.333,33	\$ 13.390.000,0		
01/09/11	30/09/11	30	13.390.000,00	446.333,33	\$ 13.390.000,0		
01/10/11	31/10/11	30	13.390.000,00	446.333,33	\$ 13.390.000,0		
01/11/11	30/11/11	30	13.390.000,00	446.333,33	\$ 13.390.000,0		
01/12/11	31/12/11	30	13.390.000,00	446.333,33	\$ 13.390.000,0		
Total días		360			\$ 160.680.000,0	\$ 446.333,33	\$ 13.390.000,00

Año 2012							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/12	31/01/12	30	14.167.000,00	472.233,33	\$ 14.167.000,0		
01/02/12	28/02/12	30	14.167.000,00	472.233,33	\$ 14.167.000,0		
01/03/12	31/03/12	30	14.167.000,00	472.233,33	\$ 14.167.000,0		
01/04/12	30/04/12	30	14.167.000,00	472.233,33	\$ 14.167.000,0		
01/05/12	31/05/12	30	14.167.000,00	472.233,33	\$ 14.167.000,0		
01/06/12	30/06/12	30	14.167.000,00	472.233,33	\$ 14.167.000,0		
01/07/12	31/07/12	30	14.167.000,00	472.233,33	\$ 14.167.000,0		
01/08/12	31/08/12	30	14.167.000,00	472.233,33	\$ 14.167.000,0		
01/09/12	30/09/12	30	14.167.000,00	472.233,33	\$ 14.167.000,0		
01/10/12	31/10/12	30	14.167.000,00	472.233,33	\$ 14.167.000,0		
01/11/12	30/11/12	30	14.167.000,00	472.233,33	\$ 14.167.000,0		
01/12/12	31/12/12	30	14.167.000,00	472.233,33	\$ 14.167.000,0		
Total días		360			\$ 170.004.000,0	\$ 472.233,33	\$ 14.167.000,00

Año 2013							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/13	31/01/13	30	14.737.000,00	491.233,33	\$ 14.737.000,0		
01/02/13	28/02/13	30	14.737.000,00	491.233,33	\$ 14.737.000,0		
01/03/13	31/03/13	30	14.737.000,00	491.233,33	\$ 14.737.000,0		
01/04/13	30/04/13	30	14.737.000,00	491.233,33	\$ 14.737.000,0		
01/05/13	31/05/13	30	14.737.000,00	491.233,33	\$ 14.737.000,0		
01/06/13	30/06/13	30	14.737.000,00	491.233,33	\$ 14.737.000,0		
01/07/13	31/07/13	30	14.737.000,00	491.233,33	\$ 14.737.000,0		
01/08/13	31/08/13	30	14.737.000,00	491.233,33	\$ 14.737.000,0		
01/09/13	30/09/13	30	14.737.000,00	491.233,33	\$ 14.737.000,0		
01/10/13	31/10/13	30	14.737.000,00	491.233,33	\$ 14.737.000,0		
01/11/13	30/11/13	30	14.737.000,00	491.233,33	\$ 14.737.000,0		
01/12/13	31/12/13	30	14.737.000,00	491.233,33	\$ 14.737.000,0		
Total días		360			\$ 176.844.000,0	\$ 491.233,33	\$ 14.737.000,00

Año 2014							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/14	31/01/14	30	15.400.000,00	513.333,33	\$ 15.400.000,0		
01/02/14	28/02/14	30	15.400.000,00	513.333,33	\$ 15.400.000,0		
01/03/14	31/03/14	30	15.400.000,00	513.333,33	\$ 15.400.000,0		
01/04/14	30/04/14	30	15.400.000,00	513.333,33	\$ 15.400.000,0		
01/05/14	31/05/14	30	15.400.000,00	513.333,33	\$ 15.400.000,0		
01/06/14	30/06/14	30	15.400.000,00	513.333,33	\$ 15.400.000,0		
01/07/14	31/07/14	30	15.400.000,00	513.333,33	\$ 15.400.000,0		
01/08/14	31/08/14	30	15.400.000,00	513.333,33	\$ 15.400.000,0		
01/09/14	30/09/14	30	15.400.000,00	513.333,33	\$ 15.400.000,0		
01/10/14	31/10/14	30	15.400.000,00	513.333,33	\$ 15.400.000,0		
01/11/14	30/11/14	30	15.400.000,00	513.333,33	\$ 15.400.000,0		
01/12/14	31/12/14	30	15.400.000,00	513.333,33	\$ 15.400.000,0		
Total días		360			\$ 184.800.000,0	\$ 513.333,33	\$ 15.400.000,00



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Año 2015							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/15	31/01/15	30	16.108.750,00	536.958,33	\$ 16.108.750,0		
01/02/15	28/02/15	30	16.108.750,00	536.958,33	\$ 16.108.750,0		
01/03/15	31/03/15	30	16.108.750,00	536.958,33	\$ 16.108.750,0		
01/04/15	30/04/15	30	16.108.750,00	536.958,33	\$ 16.108.750,0		
01/05/15	31/05/15	30	16.108.750,00	536.958,33	\$ 16.108.750,0		
01/06/15	30/06/15	30	16.108.750,00	536.958,33	\$ 16.108.750,0		
01/07/15	31/07/15	30	16.108.750,00	536.958,33	\$ 16.108.750,0		
01/08/15	31/08/15	30	16.108.750,00	536.958,33	\$ 16.108.750,0		
01/09/15	30/09/15	30	16.108.750,00	536.958,33	\$ 16.108.750,0		
01/10/15	31/10/15	30	16.108.750,00	536.958,33	\$ 16.108.750,0		
01/11/15	30/11/15	30	16.108.750,00	536.958,33	\$ 16.108.750,0		
01/12/15	31/12/15	30	16.108.750,00	536.958,33	\$ 16.108.750,0		
Total días		360			\$ 193.305.000,0	\$ 536.958,33	\$ 16.108.750,00

Año 2016							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/16	31/01/16	30	17.236.000,00	574.533,33	\$ 17.236.000,0		
01/02/16	28/02/16	30	17.236.375,00	574.545,83	\$ 17.236.375,0		
01/03/16	31/03/16	30	17.236.375,00	574.545,83	\$ 17.236.375,0		
01/04/16	30/04/16	30	17.236.000,00	574.533,33	\$ 17.236.000,0		
01/05/16	31/05/16	30	17.236.000,00	574.533,33	\$ 17.236.000,0		
01/06/16	30/06/16	30	17.236.000,00	574.533,33	\$ 17.236.000,0		
01/07/16	31/07/16	30	17.236.000,00	574.533,33	\$ 17.236.000,0		
01/08/16	31/08/16	30	17.236.000,00	574.533,33	\$ 17.236.000,0		
01/09/16	30/09/16	30	17.236.000,00	574.533,33	\$ 17.236.000,0		
01/10/16	31/10/16	30	17.236.000,00	574.533,33	\$ 17.236.000,0		
01/11/16	30/11/16	30	17.236.000,00	574.533,33	\$ 17.236.000,0		
01/12/16	31/12/16	30	17.236.000,00	574.533,33	\$ 17.236.000,0		
Total días		360			\$ 206.832.750,0	\$ 574.535,42	\$ 17.236.062,50

Año 2017							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/17	31/01/17	30	18.442.925,00	614.764,17	\$ 18.442.925,0		
01/02/17	28/02/17	30	18.442.925,00	614.764,17	\$ 18.442.925,0		
01/03/17	31/03/17	30	18.442.925,00	614.764,17	\$ 18.442.925,0		
01/04/17	30/04/17	30	18.442.925,00	614.764,17	\$ 18.442.925,0		
01/05/17	31/05/17	30	18.442.925,00	614.764,17	\$ 18.442.925,0		
01/06/17	30/06/17	30	18.442.925,00	614.764,17	\$ 18.442.925,0		
01/07/17	31/07/17	30	18.442.925,00	614.764,17	\$ 18.442.925,0		
01/08/17	31/08/17	30	18.442.925,00	614.764,17	\$ 18.442.925,0		
01/09/17	30/09/17	30	18.442.925,00	614.764,17	\$ 18.442.925,0		
01/10/17	31/10/17	30	18.442.925,00	614.764,17	\$ 18.442.925,0		
01/11/17	30/11/17	30	18.442.925,00	614.764,17	\$ 18.442.925,0		
01/12/17	31/12/17	30	18.442.925,00	614.764,17	\$ 18.442.925,0		
Total días		360			\$ 221.315.100,0	\$ 614.764,17	\$ 18.442.925,00

Año 2018							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/18	31/01/18	30	19.531.050,00	651.035,00	\$ 19.531.050,0		
01/02/18	28/02/18	30	19.531.050,00	651.035,00	\$ 19.531.050,0		
01/03/18	31/03/18	30	19.531.050,00	651.035,00	\$ 19.531.050,0		
01/04/18	30/04/18	30	19.531.050,00	651.035,00	\$ 19.531.050,0		
01/05/18	31/05/18	30	19.531.050,00	651.035,00	\$ 19.531.050,0		
01/06/18	30/06/18	30	19.531.050,00	651.035,00	\$ 19.531.050,0		
01/07/18	31/07/18	30	19.531.050,00	651.035,00	\$ 19.531.050,0		
01/08/18	31/08/18	30	19.531.050,00	651.035,00	\$ 19.531.050,0		
01/09/18	30/09/18	30	19.531.050,00	651.035,00	\$ 19.531.050,0		
01/10/18	31/10/18	30	19.531.050,00	651.035,00	\$ 19.531.050,0		
01/11/18	30/11/18	30	19.531.050,00	651.035,00	\$ 19.531.050,0		
01/12/18	31/12/18	30	19.531.050,00	651.035,00	\$ 19.531.050,0		
Total días		360			\$ 234.372.600,0	\$ 651.035,00	\$ 19.531.050,00



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Año 2019							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/19	31/01/19	30	20.702.900,00	690.096,67	\$ 20.702.900,0		
01/02/19	28/02/19	30	20.702.900,00	690.096,67	\$ 20.702.900,0		
01/03/19	31/03/19	30	20.702.900,00	690.096,67	\$ 20.702.900,0		
01/04/19	30/04/19	30	20.702.900,00	690.096,67	\$ 20.702.900,0		
01/05/19	31/05/19	30	20.702.900,00	690.096,67	\$ 20.702.900,0		
01/06/19	30/06/19	30	20.702.900,00	690.096,67	\$ 20.702.900,0		
01/07/19	31/07/19	30	20.702.900,00	690.096,67	\$ 20.702.900,0		
01/08/19	31/08/19	30	20.702.900,00	690.096,67	\$ 20.702.900,0		
01/09/19	30/09/19	30	20.702.900,00	690.096,67	\$ 20.702.900,0		
01/10/19	31/10/19	30	20.702.900,00	690.096,67	\$ 20.702.900,0		
01/11/19	30/11/19	30	20.702.900,00	690.096,67	\$ 20.702.900,0		
01/12/19	31/12/19	30	20.702.900,00	690.096,67	\$ 20.702.900,0		
Total días		360			\$ 248.434.800,0	\$ 690.096,67	\$ 20.702.900,00

Año 2020							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/20	31/01/20	30	21.945.075,00	731.502,50	\$ 21.945.075,0		
01/02/20	28/02/20	30	21.945.075,00	731.502,50	\$ 21.945.075,0		
01/03/20	31/03/20	30	21.945.075,00	731.502,50	\$ 21.945.075,0		
01/04/20	30/04/20	30	21.945.075,00	731.502,50	\$ 21.945.075,0		
01/05/20	31/05/20	30	21.945.075,00	731.502,50	\$ 21.945.075,0		
01/06/20	30/06/20	30	21.945.075,00	731.502,50	\$ 21.945.075,0		
01/07/20	31/07/20	30	21.945.075,00	731.502,50	\$ 21.945.075,0		
Total días		210			\$ 153.615.525,0	\$ 731.502,50	\$ 21.945.075,00

Cálculo Ultimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
2010	150	71,200	103,80	1,458	\$ 12.875.000,00	\$ 18.770.014	\$ 93.850.070
2011	360	73,450	103,80	1,413	\$ 13.390.000,00	\$ 18.922.832	\$ 227.073.982
2012	360	76,190	103,80	1,362	\$ 14.167.000,00	\$ 19.300.887	\$ 231.610.647
2013	360	78,050	103,80	1,330	\$ 14.737.000,00	\$ 19.598.983	\$ 235.187.792
2014	360	79,560	103,80	1,305	\$ 15.400.000,00	\$ 20.092.006	\$ 241.104.072
2015	360	82,470	103,80	1,259	\$ 16.108.750,00	\$ 20.275.109	\$ 243.301.310
2016	360	88,050	103,80	1,179	\$ 17.236.062,50	\$ 20.319.174	\$ 243.830.090
2017	360	93,110	103,80	1,115	\$ 18.442.925,00	\$ 20.560.365	\$ 246.724.384
2018	360	96,920	103,80	1,071	\$ 19.531.050,00	\$ 20.917.489	\$ 251.009.863
2019	360	100,000	103,80	1,038	\$ 20.702.900,00	\$ 21.489.610	\$ 257.875.322
2020	210	103,800	103,80	1,000	\$ 21.945.075,00	\$ 21.945.075	\$ 153.615.525
Total días	3600	Total devengado actualizado a:				2020	\$ 2.425.183.058
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación					\$ 20.209.858,82
Total Años	10,00	Porcentaje aplicado					73,49%
		Primera mesada					\$ 14.851.899,03
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año				2020	\$ 877.803,00

Calculo Tasa de Reemplazo 2020			
IBL / SMMLV	\$ 20.209.858,8	\$ 877.803,0	23,0232
No. SMMLV*0,5	23,0234 * 0,5		11,51161412
65,50%	-	11,5116	53,99
Semanas adicionales a 1300-1950		650	
650 / 50 * 1,5		19,5	
53,9884%	+	19,50%	T. R. 73,49%

Lo anterior, conlleva a que se pueda colegir igualmente que resulta procedente la reliquidación pensional, en tanto, entre la mesada pensional reconocida por COLPENSIONES al actor al año 2020 y la que verdaderamente debió percibir

teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en precedencia, existe una suma a favor del actor de \$640.226.03.

En tal sentido, realizadas las operaciones respectivas, se concluye que COLPENSIONES le adeuda al demandante por concepto de retroactivo pensional debidamente indexado por el periodo comprendido entre el 1º de agosto de 2020 y el 30 de noviembre de 2023 a razón de 13 mesadas pensionales al año la suma de \$29.780.171.18, sin perjuicio de las que se causen a futuro como pasa a exponerse:

RETROACTIVO - DIFERENCIA DE MESADAS PENSIONALES					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Nº. Mesadas	Subtotal
01/08/20	31/12/20	3,80%	\$ 640.226,03	6,00	\$ 3.841.356,2
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 650.534,00	13,00	\$ 8.456.942,0
01/01/22	31/12/22	5,62%	\$ 687.094,00	13,00	\$ 8.932.222,0
01/01/23	30/11/23	13,12%	\$ 777.241,00	11,00	\$ 8.549.651,0
Total retroactivo				\$ 29.780.171,18	

Asimismo, de dicho monto habrá de ordenársele a la entidad efectuar los correspondientes descuentos a salud en los términos de la Ley 100 de 1993.

e. Del pago de los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993:

Alega la parte demandante la imposición de estos rubros. Al respecto, sea lo primero indicar que, en tratándose de pago de intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la Corte en sentencia SL3405-2021, Radicación No. 79723 del 27 de julio de 2021, fue específica sobre las situaciones de su aplicabilidad, al respecto señaló:

“Ahora, aun cuando la Sala entendiera que al confirmar la decisión de primer grado avaló la imposición de los mencionados réditos, lo cierto es que resultarían procedentes conforme a lo que se explica a continuación:

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 dispuso que:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

A partir del 1o. de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago.

Tales réditos tienen una naturaleza resarcitoria y no propiamente sancionatoria, dado que buscan subsanar económicamente al acreedor por la mora del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones. Dicho, en otros términos, corresponden a una compensación encaminada a aminorar los efectos adversos que produce la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones (CSJ SL13388-2014 y CSJ SL7893-2015).

En tal dirección, se ha precisado que se deben imponer al margen de la buena o mala fe en que haya incurrido la administradora, siempre que se demuestre el retardo injustificado por parte del obligado.

*Además, la jurisprudencia ha establecido una serie de eventos en los que se exceptúa su pago. En efecto, la Sala ha puntualizado algunas circunstancias en las que se releva el pago de los intereses moratorios, entre estas, **cuando se niega la pensión con apego minucioso a la ley vigente o cuando la prestación se otorga en virtud de un cambio jurisprudencial**, dado que la entidad obligada no podía prever el nuevo entendimiento o interpretación dada a la norma que regula el derecho pensional (CSJ SL5079-2018, reiterada en CSJ SL4103-2019 y CSJ SL1346 de 2020)."*

Al unísono, a criterio de la Sala no goza de prosperidad esta condena, como quiera que en el asunto de marras palmario resulta que COLPENSIONES al momento de reconocer el derecho pensional al demandante, estableció el monto pensional con minucioso de la ley, adicional al hecho que, la reliquidación aquí reconocida surge con ocasión de la interpretación doctrinaria adoptada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia frente a la forma de liquidar la pensión de vejez regulada en la Ley 797 de 2003.

f. Del pago de costas procesales:

De otro lado, la parte demandante alega el pago de condena en costas de primera instancia frente a COLPENSIONES, por cuanto a la entidad se le endilgó responsabilidad en el pago de la reliquidación pensional. Para lo

correspondiente, 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.

Al respecto, 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.

Es por ello, que al resultar vencida en juicio COLPENSIONES tanto en primera como en segunda instancia, palmario resulta la procedencia de esta condena en ambas instancias.

g. De la excepción de prescripción:

De conformidad con lo establecido en los artículos 488 y 489 del C.S.T., en concordancia con el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., como lo determinó la operadora instancia, no operó fenómeno prescriptivo respecto del retroactivo generado sobre ninguna de las mesadas pensionales.

Nótese que el demandante elevó solicitud pensional el 28 de julio de 2020, prestación que fue reconocida por COLPENSIONES mediante la Resolución SUB 175046 del 14 de agosto de 2020, acto administrativo que se le notificó al demandante el mismo 14 de agosto de 2020.

A razón de ello, el actor elevó recurso de reposición y subsidiariamente apelación suspendiendo el término prescriptivo, los cuales fueron resueltos por la encartada a través de Resoluciones SUB 76500 del 25 de marzo de 2021 y DPE 3022 del 27 de abril de 2021; seguidamente, la demanda se presentó el

13 de agosto de 2021 según da cuenta el acta individual de reparto (Fls. 9 a 41 PDF 01).

Significa entonces, que no se excedió el tiempo el término trienal prescriptivo entre la reclamación administrativa del derecho, la suspensión y la fecha de presentación de la demanda.

SIN COSTAS en esta instancia como quiera que los recursos de apelación no gozaron de prosperidad.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA 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: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de declarar que la primera mesada pensional reconocida al demandante señor NELSON DE JESÚS CABELLOS DÁVILA por parte de COLPENSIONES el 1º de agosto de 2020 asciende a la suma de \$14.851.899.03, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: ADICIONAR y MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, para en su lugar **CONDENAR a COLPENSIONES** a reconocer y pagar el retroactivo pensional sobre las diferencias de las mesadas pensionales correspondientes al periodo comprendido entre el 1º de agosto de 2020 y el 30 de noviembre de 2023 y a razón de 13 mesadas pensionales al año debidamente indexadas en la suma de \$29.780.171.18, sin perjuicio de las que se causen a futuro como pasa a exponerse.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

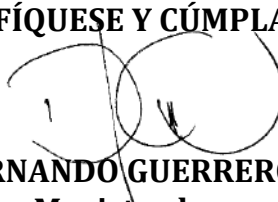
Asimismo, de dicho monto se **ORDENA** efectuar los correspondientes descuentos en salud en los términos de la Ley 100 de 1993.

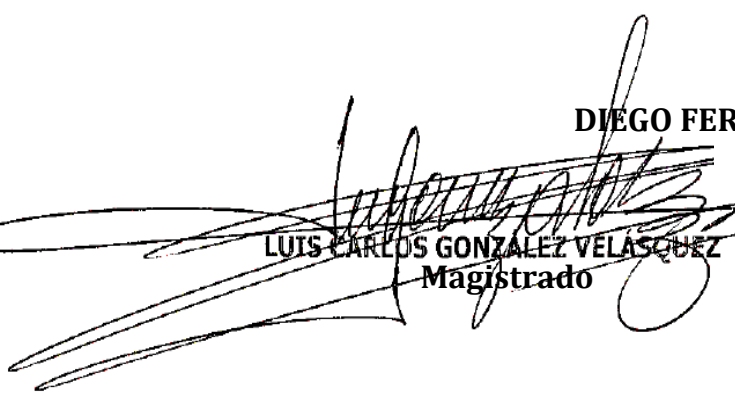
TERCERO: REVOCAR el numeral quinto de la sentencia de primer grado, para en su lugar, **CONDENAR** a COLPENSIONES en costas de primera instancia según lo expuesto en la parte motiva.

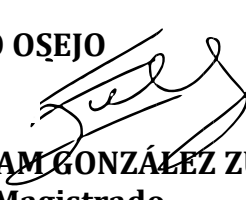
CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral : 1100131050 13 2021 00124 01
Demandante: ANA PATRICIA RODRIGUEZ ORTEGÓN
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., quince (15) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada LUISA FERNANDA LASSO OSPINA, identificada con cédula de ciudadanía 1.024.497.062 y T.P. 234.063 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder a ella conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte actora de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora ANA PATRICIA RODRIGUEZ ORTEGÓN promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, a fin que se declare que el valor de su primera mesada pensional asciende a \$6.767.053, y que la enjuiciada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

debe reliquidar su pensión desde el 23 de abril de 2019 hasta el día en que efectúe el pago correcto de su mesada, teniendo en cuenta para efectuar los incrementos de ley dicho valor desde el año 2019, igualmente, se declare que tiene derecho a la indexación de las sumas adeudadas.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a la demandada a pagar como valor de su primera mesada la suma de \$6.767.053 y se reliquide la pensión de vejez a partir del 23 de abril de 2023, junto con el respectivo retroactivo hasta que se pague de forma correcta la mesada, más los incrementos de ley, la indexación de las sumas adeudadas, las costas y agencias en derecho, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, refirió que nació el 22 de abril de 1962, alcanzado la edad de 57 años el mismo día y mes de 2019 y 1724 semanas cotizadas. En esa medida, el 24 de mayo de 2019 solicitó a la accionada la pensión de vejez, la cual fue reconocida mediante resolución SUB 146774 del 10 de junio de 2019, siendo ingresada en nómina de julio de esa misma anualidad.

A su vez, indicó que el 24 de octubre de 2019 solicitó a la encartada la reliquidación de su mesada, la cual fue negada mediante resolución SUB 343986 de 17 de diciembre de 2019. (archivo 02)

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pensiones formuladas en su contra, señalando que la primera mesada pensional se calculó en debida forma, conforme se expuso en la resolución SUB 146774 del 10 de junio de 2019, resolución que goza de presunción de legalidad y se encuentra en firme.

Formuló como medios exceptivos los que denominó como inexistencia de la obligación, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, imposibilidad de condena en costas, prescripción y caducidad y la genérica. (archivo 09)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Trece Laboral de Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 12 de mayo de 2023, absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* comenzó por señalar que no era objeto de discusión la calidad de pensionada de la demandante desde el 23 de abril de 2019, conforme Resolución SUB 146774 del 10 de junio de 2019, en los términos de la Ley 797 de 2003 y con una tasa de reemplazo de 73.38% sobre el IBL.

Bajo ese panorama, indicó que el problema jurídico a resolver consistía en determinar si era procedente la reliquidación que deprecia la actora de su pensión de vejez, en esa medida, enfatizó que la reliquidación es el derecho que tienen los pensionados a que su mesada pensional sea reajustada con base en aspectos no tenidos en cuenta al momento de su otorgamiento, ya sea al omitir la inclusión de factores salariales o por corrección de la historia laboral.

Derecho que pueden ejercer los pensionados en cualquier tiempo, estando únicamente sujetas al fenómeno prescriptivo las mesadas que se causen, conforme se ha dicho entre otras en sentencias SL8544 de 2016 y SL1037 de 2022.

Así las cosas, indicó que en el presente asunto la inconformidad de la parte actora radica únicamente en la diferencia respecto de la liquidación



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

presentada con el escrito inicial, elaborada por la propia parte y la efectuada por la encartada.

Advirtiéndolo al respecto, que al efectuar las operaciones aritméticas del caso con base en la historia laboral más reciente, se avizora que se obtuvo un IBL con los últimos 10 años, de \$6.731.028,78, que arroja una mesada de \$4.939.228,92, mientras que con toda la vida laboral se obtuvo un IBL de \$4.573.074,57 y una mesada pensional de \$3.355.722,12; por lo que a efectos de dilucidar la diferencia entre la liquidación allegada en el escrito inicial y la mesada reconocida por COLPENSIONES, encontró que la primera contiene falencias que distan de las cotizaciones efectuadas por la trabajadora.

Lo anterior, como quiera que por ejemplo de 1985 a 1994 la activa tomó como IBC la suma de \$802.326 que, según la historia laboral de COLPENSIONES, corresponde al último salario devengado en ese interregno; empero, al revisar el reporte detallado se observa que durante dichas anualidades la demandante actora inició a cotizar con un IBC de \$21.420, que incrementó año a año hasta llegar a \$802.326, sin que sea válido tomar esta última suma como el salario base de cotización durante todas las anualidades.

Agregando que no se aportó otro medio de prueba tendiente a demostrar que la historia laboral no está actualizada, o que dentro de los IBC reportados no se tuvieron en cuenta factores salariales a efectos de tener en cuenta en la reliquidación que solicitó la demandante, absolviendo a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Teniendo en cuenta que la decisión fue adversa a los intereses de la demandante, y que no se interpuso recurso alguno, debe surtirse el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar si a la demandante le asiste derecho a la reliquidación de la mesada pensional.

c. Pensión de vejez:

De la revisión del plenario, se advierte en primera medida que COLPENSIONES mediante la Resolución No. SUB 146774 de 10 de junio de 2019, le reconoció a la demandante la pensión de vejez, dando aplicación a las regulaciones de la ley 100 de 1993 modificada mediante la Ley 797 de 2003, estableciendo así que el IBL calculando la totalidad de semanas cotizada por la actora, ascendería a \$4.728.865 y durante los últimos 10 años a \$6.831.608, siendo así más favorable este último monto, al que se le aplicó una tasa de reemplazo del 73.38%, al ostentar 1.713 semanas, arrojando como valor de la primera mesada al 23 de abril de 2019 la suma de \$5.013.034. Decisión que fue confirmada por la entidad al resolver la solicitud de reliquidación de la actora, mediante Resolución SUB343986 de 17 de diciembre de 2019. (f. 23 a 38 archivo 03)

Ahora bien, al no estar en discusión el régimen pensional, sino su liquidación, se debe señalar que el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, consagra:

“[...]



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“A partir del 1o. de enero del año 2004 se aplicarán las siguientes reglas:

“El monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas, será del equivalente al 65%, del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente:

$r = 65.50 - 0.50 s$, donde:

r = porcentaje del ingreso de liquidación.

s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

“A partir del 2004, el monto mensual de la pensión de vejez será un porcentaje que oscilará entre el 65 y el 55% del ingreso base de liquidación de los afiliados, en forma decreciente en función de su nivel de ingresos calculado con base en la fórmula señalada. El 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 semanas. Adicionalmente, el 1o. de enero de 2006 se incrementarán en 25 semanas cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

“A partir del 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo. El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima.

Así las cosas, se tiene que la actora cumplió los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el año 2019, data para la cual se exigía un mínimo de 1.300 semanas y, por ende, por cada 50 semanas adicionales, el porcentaje de la tasa de reemplazo se incrementa en 1.5%, llegando a un tope máximo entre el 70.5% y el 80%, luego, el porcentaje asignado por la entidad se encuentra en dicho rango, sin embargo, más adelante será objeto de verificación.

De igual manera, debe referirse que, de la historia laboral aportada al proceso por la accionada (archivo 10), se observa que la accionante acredita un total de 1.717,14 semanas de cotización, por lo cual le resulta aplicable el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, el cual consagra:



“ARTÍCULO 21. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

“Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo.

Por ende, se debe proceder a establecer cuál monto resulta superior y más favorable a la gestora, esto es, el promedio de toda la vida laboral o de los últimos 10 años anteriores al reconocimiento pensional, así:

Cálculo Toda la vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1985	139	1,950	100,00	51,282	\$ 21.420,00	\$ 1.098.462	\$ 5.089.538
1986	365	2,380	100,00	42,017	\$ 21.420,00	\$ 900.000	\$ 10.950.000
1987	365	2,880	100,00	34,722	\$ 21.420,00	\$ 743.750	\$ 9.048.958
1988	366	3,580	100,00	27,933	\$ 25.530,00	\$ 713.128	\$ 8.700.168
1989	365	4,580	100,00	21,834	\$ 39.310,00	\$ 858.297	\$ 10.442.613
1990	365	5,780	100,00	17,301	\$ 47.370,00	\$ 819.550	\$ 9.971.194
1991	365	7,650	100,00	13,072	\$ 54.630,00	\$ 714.118	\$ 8.688.431
1992	366	9,700	100,00	10,309	\$ 70.260,00	\$ 724.330	\$ 8.836.825
1993	365	12,140	100,00	8,237	\$ 372.814,44	\$ 3.070.959	\$ 37.363.336
1994	365	14,890	100,00	6,716	\$ 567.220,84	\$ 3.809.408	\$ 46.347.796
1995	330	18,250	100,00	5,479	\$ 800.000,00	\$ 4.383.562	\$ 48.219.178
1996	360	21,800	100,00	4,587	\$ 853.333,33	\$ 3.914.373	\$ 46.972.477
1997	360	26,520	100,00	3,771	\$ 1.000.000,00	\$ 3.770.739	\$ 45.248.869
1998	360	31,210	100,00	3,204	\$ 3.585.389,25	\$ 11.487.950	\$ 137.855.402
1999	330	36,420	100,00	2,746	\$ 3.478.000,00	\$ 9.549.698	\$ 105.046.678
2000	328	39,790	100,00	2,513	\$ 2.386.975,61	\$ 5.998.933	\$ 65.588.339
2001	326	43,270	100,00	2,311	\$ 2.626.650,31	\$ 6.070.373	\$ 65.964.718
2002	360	46,580	100,00	2,147	\$ 3.043.666,67	\$ 6.534.278	\$ 78.411.335
2003	360	49,830	100,00	2,007	\$ 3.021.000,00	\$ 6.062.613	\$ 72.751.355
2004	330	53,070	100,00	1,884	\$ 3.258.000,00	\$ 6.139.062	\$ 67.529.678
2005	360	55,990	100,00	1,786	\$ 2.000.000,00	\$ 3.572.066	\$ 42.864.797
2006	359	58,700	100,00	1,704	\$ 2.000.000,00	\$ 3.407.155	\$ 40.772.288
2007	359	61,330	100,00	1,631	\$ 2.100.278,55	\$ 3.424.553	\$ 40.980.488
2008	360	64,820	100,00	1,543	\$ 2.525.000,00	\$ 3.895.403	\$ 46.744.832
2009	360	69,800	100,00	1,433	\$ 2.946.833,33	\$ 4.221.824	\$ 50.661.891
2010	360	71,200	100,00	1,404	\$ 3.188.500,00	\$ 4.478.230	\$ 53.738.764
2011	360	73,450	100,00	1,361	\$ 3.465.666,67	\$ 4.718.403	\$ 56.620.830
2012	360	76,190	100,00	1,313	\$ 3.653.750,00	\$ 4.795.577	\$ 57.546.922
2013	360	78,050	100,00	1,281	\$ 3.894.166,67	\$ 4.989.323	\$ 59.871.877
2014	360	79,560	100,00	1,257	\$ 5.053.833,33	\$ 6.352.229	\$ 76.226.747
2015	360	82,470	100,00	1,213	\$ 7.456.833,33	\$ 9.041.874	\$ 108.502.486
2016	360	88,050	100,00	1,136	\$ 8.106.166,67	\$ 9.206.322	\$ 110.475.866
2017	360	93,110	100,00	1,074	\$ 8.659.833,33	\$ 9.300.648	\$ 111.607.776
2018	360	96,920	100,00	1,032	\$ 9.235.325,00	\$ 9.528.812	\$ 114.345.749
2019	112	100,000	100,00	1,000	\$ 9.547.167,14	\$ 9.547.167	\$ 35.642.757
Total días	12020				Total devengado actualizado a:	2019	\$ 1.895.630.959
Total semanas	1717,14				Ingreso Base Liquidación		\$ 4.731.192,08
Total Años	29,95				Porcentaje aplicado		74,64%
					Primera mesada		\$ 3.531.522,63
					Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año	2019	\$ 828.116,00



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Cálculo Últimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
2009	248	69,800	100,00	1,433	\$ 2.967.983,87	\$ 4.252.126	\$ 35.150.907
2010	360	71,200	100,00	1,404	\$ 3.188.500,00	\$ 4.478.230	\$ 53.738.764
2011	360	73,450	100,00	1,361	\$ 3.465.666,67	\$ 4.718.403	\$ 56.620.830
2012	360	76,190	100,00	1,313	\$ 3.653.750,00	\$ 4.795.577	\$ 57.546.922
2013	360	78,050	100,00	1,281	\$ 3.894.166,67	\$ 4.989.323	\$ 59.871.877
2014	360	79,560	100,00	1,257	\$ 5.053.833,33	\$ 6.352.229	\$ 76.226.747
2015	360	82,470	100,00	1,213	\$ 7.456.833,33	\$ 9.041.874	\$ 108.502.486
2016	360	88,050	100,00	1,136	\$ 8.106.166,67	\$ 9.206.322	\$ 110.475.866
2017	360	93,110	100,00	1,074	\$ 8.659.833,33	\$ 9.300.648	\$ 111.607.776
2018	360	96,920	100,00	1,032	\$ 9.235.325,00	\$ 9.528.812	\$ 114.345.749
2019	112	100,000	100,00	1,000	\$ 9.547.167,14	\$ 9.547.167	\$ 35.642.757
Total días	3600	Total devengado actualizado a:					2019 \$ 819.730.682
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación					\$ 6.831.089,02
Total Años	1,00	Porcentaje aplicado					73,38%
		Primera mesada					\$ 5.012.347,37
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año					2019 \$ 828.116,00

Así las cosas, el IBL de los últimos 10 años ascendió a \$6.831.089 al que se le aplicó una tasa de reemplazo de 73.38% el que es similar al que obtuvo la pasiva, porcentaje que arrojó como valor de la primera mesada al 23 de abril de 2019 la suma de \$5.012.347,37; entre tanto, el IBL de toda la vida laboral se determinó en \$4.731.192, al que al aplicarse una tasa de reemplazo de 74.64%, se determina como valor de la pensión a esa misma calenda la suma de \$3.531.522,63; por ende, le resulta más favorable el cálculo teniendo en cuenta el IBL de los últimos 10 años, observándose que incluso el monto aquí determinado resulta ligeramente inferior al que tuvo en cuenta COLPENSIONES en la Resolución SUB 146774 el 10 de junio de 2019, en la cual se determinó como valor de la mesada inicial \$5.013.034.

Así las cosas, le asiste la razón a la falladora de instancia en sostener que la liquidación que aportó la demandante con el escrito inaugural erró al tomar como valor del IBC desde agosto de 1988 hasta diciembre de 1994, la suma de \$802.326 (f. 1 a 9 archivo 01), rubro que solo devengó en esta última calenda y no durante todo ese interregno, advirtiéndose que tal yerro es el que lleva a la demandante a sostener que podía tener derecho a una mesada superior a la concedida.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De otro lado, no se encuentra probanza alguna que permita determinar una posible falta de factores salariales a tener en cuenta, o una IBC diferente al que obra en la historia laboral que se allega al informativo, aspectos que tampoco se alegaron por activa; por ende, al no acreditarse que la accionada haya liquidado la mesada pensional a la actora en monto inferior al que legalmente tiene derecho, no le queda otro camino a esta Colegiatura que confirmar en su integridad la sentencia de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia por no haber causado.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida 12 de mayo de 2023 por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado
(En uso de permiso)