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 **01 2020 00430 01**
Demandante:	ROBERTO JAVIER OSPINA MAYORGA
Demandados:	COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada AMANDA LUCÍA ZAMUDIO VELA, identificada con cédula de ciudadanía 51.713.048 y T.P. 67.612 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y la demandada COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 29 de mayo del 2023 por el Juzgado Primero 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 ROBERTO JAVIER OSPINA MAYORGA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A., a fin de declararse la

ineficacia de la afiliación que efectuó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A., por no haberse brindado una información adecuada, clara, veraz y precisa respecto de su traslado de régimen.

Como consecuencia de tal declaración, pretende se ordene a COLPENSIONES lo reciba y afilie en el régimen que administra y se condene a PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES todas las cotizaciones que realizó, junto con los correspondientes rendimientos financieros e intereses, además, pretende se reconozcan y paguen intereses por la mora injustificada de su traslado al régimen de prima media con prestación definida sobre los aportes que efectuó al fondo de pensiones, se condene a PROTECCIÓN S.A. a indexar las sumas que debe retornar a COLPENSIONES, y se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*, más las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 1º de diciembre de 1964 y estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida del 23 de marzo de 1988 hasta el 31 de diciembre de 1994, alcanzando un total de 240.14 semanas, agregando que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 30 años y no era beneficiario del régimen de transición.

A continuación, expuso que el 1º de julio de 1995 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad que administra PROTECCIÓN S.A., suscribiendo para el efecto el respectivo formulario de afiliación, fondo en el que permanece en la actualidad. Igualmente, añadió que su traslado estuvo motivado por la promesa de obtener beneficios superiores a los que podría obtener con el régimen de prima media, el cual desaparecería con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

A su vez, señaló que los asesores le indicaron que en el fondo privado obtendría una mejor rentabilidad, se podía pensionar de manera anticipada con una mesada superior a la que recibiría en el régimen de prima media, y que le sería posible cambiarse de régimen cuando lo deseara, y podía retirar el capital ahorrado en cualquier momento, sin informarle las condiciones para poder acceder a tales

beneficios y que perdería los beneficios del régimen de prima media con prestación definida.

De otro lado, expuso que según simulación pensional que efectuó por el fondo privado evidenció que su mesada en el régimen de prima media con prestación definida sería superior al que obtendría en el régimen de ahorro individual, por lo que ante la falta de información por parte del fondo de pensiones es procedente la ineficacia del traslado. (archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones del libelo introductorio, aduciendo que no se allegó prueba alguna que permita evidenciar el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP y que en razón de ello se hubiese generado un vicio en el consentimiento, ineficacia o nulidad que afecte la decisión libre y voluntaria que tomó al trasladarse de régimen, agregando que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado establecida en la Ley 797 de 2003.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó como el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, la parte demandante no puede beneficiarse de su propia culpa y no sirve de excusa, inexistencia del derecho y la obligación, no procedencia de condena en costas y agencias en derecho en instituciones que administran recursos del sistema general de pensiones y la innominada o genérica. (f. 3 a 22 archivo 10).

PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones del *petitum*, argumentado que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, observándose del formulario de vinculación que suscribió el promotor que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza del fondo de pensiones como del afiliado, manifestación de voluntad que estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, lo que constituye una manifestación inequívoca de trasladarse a ese fondo.

Formuló como medios exceptivos los 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, aplicación del precedente sobre actos de relacionamiento al caso en concreto, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica (f. 3 a 27 archivo 12).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 29 de mayo de 2022, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de Régimen Pensional del demandante señor ROBERTO JAVIER OSPINA MAYORGA identificado con la C.C No. 79.364.489, a través del fondo administrado por la demandada PROTECCIÓN S.A., conforme lo expuesto en precedencia.*
>
> *SEGUNDO: ORDENAR a la demandada COLPENSIONES autorizar el traslado Pensional del demandante señor ROBERTO JAVIER OSPINA MAYORGA identificado con la C.C N° 79.364.489 al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido trasladado al RAIS; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.*
>
> *TERCERO: ORDENAR a la PROTECCIÓN S.A. trasladar con destino a la COLPENSIONES los aportes efectuados por el demandante señor ROBERTO JAVIER OSPINA MAYORGA en condiciones civiles en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, y lo indicado en esta decisión judicial lo que tiene que ver con prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a formar el fondo de garantías mínimas y valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el aquí demandante estuvo afiliado al fondo de pensiones demandado, sin que le sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por el accionante; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.*
>
> *CUARTO: DECLARAR que la demandada COLPENSIONES, puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el*

momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por la demandada.

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

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* después de analizar los diferentes medios de prueba recaudados en el trámite procesal, entre ellos, el interrogatorio de parte que depuso el gestor y al memorar la amplia y pacífica jurisprudencia emitida sobre el particular, indicó que si bien no se observa constreñimiento para que la activa se trasladara de régimen, lo cierto es, que se advierte la carencia de una debida información al afiliado sobre las ventajas y desventajas del traslado, de modo tal que pudiera prever las consecuencias que esa situación le acarrearía, incumplido así los fondos demandados con el deber de información a su cargo, la cual era de vital importancia para la correcta elección del afiliado, ello, en aras de tener claridad sobre su futuro pensional.

En consecuencia, declaró la ineficacia del traslado, correspondiendo a las demandadas llevar a cabo lo pertinente a fin de dar vialidad a la afiliación de la demandante en el régimen de prima media y la consecuente devolución de los emolumentos que esa situación conlleva, absteniéndose de emitir condena en costas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

La parte demandante presento recurso de apelación, frente a la absolución de costas, aduciendo que la ley dispone la condena en costas a la parte vencida en juicio, máxime cuando el proceso ha tenido una duración de casi tres años, por lo que solicita se revoque tal decisión.

La demandada COLPENSIONES apeló la decisión de primer grado. Al respecto, sostuvo que se deben examinar las particularidades de cada caso, advirtiendo que el actor no podía sustraerse de su obligación de ilustrarse como consumidor financiero frente a la decisión de cambio de régimen pensional, máxime cuando no se trata de una persona disminuida en su capacidad de para suscribir contratos, siendo negligente con su actuar dado que no hizo uso del derecho de

retracto. Además, expuso que el principio de sostenibilidad financiera se ve amenazado con la decisión de primer grado, debiendo primar el interese general sobre el particular, en consecuencia, solicita se revoque el fallo de instancia.

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 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 efectuó el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad a través COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. el 29 de junio de 1995, vinculación que se hizo efectiva el 1º de julio de 1995; según el reporte SIAFP. (f. 28 y 29 archivo 12). Formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, 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 demandante señor ROBERTO JAVIER OSPINA MAYORGA en el interrogatorio de parte a él practicado, expuso que a su lugar de trabajo arribó una asesora del fondo privado quien le manifestó que el ISS sería liquidado, por lo que le era conveniente trasladarse a esa administradora, ya que obtendría rendimientos y no perderían los aportes, razones por las cuales suscribió el formulario de afiliación, precisando que bajo la expectativa de una mejor pensión se trasladó; igualmente sostuvo que si bien recibió la doble asesoría en 2016, la misma no fue clara, motivo por el cual no retornó a COLPENSIONES.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. al momento del traslado del demandante, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual 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 al actor para el año 1995, 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 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:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

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

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

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

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera respecto de COLPENSIONES, al declararse la ineficacia del traslado, conviene mencionar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló 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 la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

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

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

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

> *"Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.*
>
> *"En tal virtud, como en primera instancia la vencida en juicio fue la accionada, en cuanto prosperó la pretensión subsidiaria de pagar la devolución de saldos y a ella se opuso dicha entidad al contestar el libelo inicial, la decisión del Juzgado de condenarla en costas se ajusta a derecho; máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón".*

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

> *"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).*
>
> *"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.*

Así las cosas, debe precisar la Sala que no existe yerro alguno en la decisión adoptada por el fallador de instancia, en cuanto a la declaratoria de la ineficacia del traslado y las condenas impuestas. No obstante, se revocará el numeral sexto de la sentencia de instancia que absolvió de condena en costas a la pasiva, para en su lugar, condenar en costas de primera de instancia a las demandadas. Confírmese en lo demás la sentencia objeto de censura. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la recurrente COLPENSIONES.

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 sexto de la sentencia proferida el 29 de mayo de 2023 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, que absolvió de

costas de primera instancia a la parte demandada, para en su lugar, condenar en costas de esa instancia a las demandadas, las cuales deberá tasar el *a quo*.

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONE. Se fija 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

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 **03 2021 00419 01**
Demandante:	MIGDONIA GONZALEZ LESMES
Demandados:	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 16 de marzo del 2023 por el Juzgado Tercero 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 MIGDONIA GONZALEZ LESMES promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin de declararse la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A. desde noviembre de 1996, adicional a ello, solicita que COLPENSIONES acepte su vinculación al régimen que administra.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a PORVENIR S.A. a aceptar la nulidad o ineficacia de la afiliación, por medio de la cual se vinculó al

régimen de ahorro individual con solidaridad y en razón de ello, se declare que sigue afiliada a COLPENSIONES sin solución de continuidad, pretendiendo se condene a PORVENIR S.A. retornarla a COLPENSIONES, junto con el valor de los saldos o aportes pensionales que haya consignado en la cuenta de ahorro pensional, sin deducción alguna por concepto de costos administrativos. Por último, solicita se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*, y al pago de costas y agencias de derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 26 de febrero de 1967 y efectuó cotizaciones al régimen de prima media con prestación definida desde 1986 a 1996, alcanzando un total de 487 semanas. No obstante, expuso que el 9 de enero de 1996, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A., sin habérsele suministrado la información necesaria sobre las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, manifestando que fue un asesor del Fondo quien lo indujo a trasladarse de régimen de manera engañosa.

Así las cosas, afirmó que no existe constancia alguna, la cual certifique que PORVENIR S.A. le suministró información relevante y pertinente sobre las características del régimen de ahorro individual con solidaridad, tal como los riesgos, comparación de proyecciones pensionales y requisitos para pensionarse en uno u otro régimen, ya que solo le comentaron la posibilidad de realizar aportes voluntarios, la oportunidad de pensionarse anticipadamente y la eventual desaparición del ISS. Además, adujó no haber notificado a su empleador, Banco Cafetero “Bancafe”, de su decisión de trasladarse de régimen.

Por lo anterior, refirió que solicitó asesoría con PORVENIR S.A., quien le explicó que no tendría derecho a la pensión de vejez, sino hasta los 57 años, y cuya mesada pensional equivaldría a un salario mínimo legal mensual vigente, por lo que, el 27 de julio del 2021, solicitó a la AFP declarar la ineficacia del acto del traslado y por ende su retorno al RPMPD, solicitud que fue denegada. En la misma calenda, radicó ante COLPENSIONES derecho de petición, mediante el cual solicitó afiliarse nuevamente al Régimen de Prima Media, sin embargo, la misma fue negada.

Por último, adujó que el cálculo de su mesada pensional en COLPENSIONES sería de $ 2.225.259. Por consiguiente, explicó que la vinculación a PORVENIR S.A. vulnera su derecho a la libre escogencia de régimen, ya que la afiliación debía estar precedida de un factor informativo suficiente sobre las consecuencias de trasladarse . (Folios 4 a 28 Archivo 01)

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones del libelo introductorio, aduciendo que no se evidencia por parte de PORVENIR S.A., engaño alguno o acto que demuestre motivación suficiente para declarar la nulidad o ineficacia del traslado. De otro lado, señaló que recibir a la demandante atentaría de forma directa contra la sostenibilidad financiera del régimen que administra, ya que ella se encuentra inmersa en la prohibición legal consagrada en la ley 797 del 2003.

Propuso como excepciones de fondo las que denomino: validez de la afiliación al RAIS, saneamiento de una presunta nulidad, solicitud de traslado de dineros de gastos de administración, prescripción, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe de COLPENSIONES, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones. (Folios 2 a 20 archivo 06).

Por su parte, PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, explicando que el traslado se efectuó bajo el cumplimiento de todos los requisitos legales, siendo producto de la voluntad de la demandante y de su decisión libre e informada, luego de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación en donde se evidencia su manifestación por escrito. Por otro lado, arguyó que el vicio en el consentimiento deriva de una nulidad relativa susceptible de saneamiento mediante ratificación, agregando que no se logró probar en el presente asunto y enfatizando que la actora se encuentra inmersa en la prohibición del articulo 2 de la ley 797 del 2003.

Formuló como excepciones las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y excepción genérica. (Folios 2 a 35 Archivo 07).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 6 de marzo del 2023, resolvió:

> *"**PRIMERO:** DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de la demandante MIGDONIA GONZÁLEZ LESMES del régimen de prima media con prestación definida, administrado por el otrora INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizado el 9 de enero de 1996, para entender vinculada a la Demandante, en forma válida al régimen solidario de prima media administrado por COLPENSIONES, todo de conformidad con la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO:** CONDENAR a la AFP PORVENIR S. A., a trasladar, a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la demandante MIGDONIA GONZÁLEZ LESMES por concepto de cotizaciones obligatorias, bonos pensionales, en caso de haber sido redimidos, con todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder. De igual manera, deberá trasladar a COLPENSIONES todos los descuentos que hubiese realizado durante el tiempo de permanencia de la demandante por concepto de gastos de administración, de primas de seguros previsionales, y el porcentaje destinado a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, todo conforme la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES a aceptar el traslado de los dineros que efectúe PORVENIR S. A., para que proceda a activar la afiliación de la Demandante MIGDONIA GONZÁLEZ LESMES, como si nunca se hubiese traslado del régimen de prima media con prestación definida, y así mismo actualice la información de la historia laboral en semanas cotizadas.*
>
> ***CUARTO: DECLARAR NO PROBADA** la excepción de prescripción propuesta por las Demandadas.*
>
> ***QUINTO: CONDENAR EN COSTAS**, incluidas las agencias en derecho a las DEMANDADAS, las que se tasan en la suma de UN MILLÓN QUINIENTOS MIL ($1.500.000) PESOS MCTE a cargo de COLPENSIONES, y a cargo de PORVENIR S.A., la suma de UN MILLÓN ($1.000.000) DE PESOS.*
>
> ***SEXTO:** En caso de no ser apelada la presente providencia por la Demandada COLPENSIONES, remítase al Superior para que se surta el grado jurisdiccional de Consulta, de conformidad con lo señalado en el parágrafo del artículo 69 del C.P.T. y SS."*

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* precisó que el presente caso se debe abordar desde la institución de la ineficacia y no de la nulidad tal como lo solicitó la parte activa, por lo que el problema jurídico a resolver consistía en verificar si era ineficaz el traslado de régimen efectuado por la demandante, como consecuencia de la falta de información. Seguidamente, expuso que de las pruebas que obran en el plenario, entre ellas, la declaración rendida por la demandante, no se advierte confesión frente al suministro de la debida información por parte del fondo demandado.

Añadió, que para la fecha del traslado, ya existían normas que imponían la obligación a los fondos de brindar una información objetiva, comparada y transparente acerca de las características de los dos regímenes a efectos de que los usuarios pudieran tomar la mejor opción, para ello, resaltó normas tales como, los artículos 13 y 271 de la ley 100 de 1993, artículo 97 del Decreto 663 de 1993, articulo 12 del Decreto 720 de 1994, Decreto 656 de 1994, articulo 97 del Decreto 663 de 1993, acotando que las mismas han sido interpretadas por la jurisprudencia emanada por el órgano de cierre de esta especialidad.

Así, expuso que la carga de la prueba se encuentra en cabeza de las AFP, sin que la suscripción libre y voluntaria del formulario de afiliación sea prueba suficiente para dar cumplimiento al deber de información, así mismo, afirmó que los traslados horizontales, las reasesorias y el hecho que no se hubiese retornado en los tiempos establecidos por la ley, no tenían la virtualidad de sanear el vicio de ineficacia que arrastra el acto inicial de traslado de un régimen a otro; de igual manera, explicó cuáles eran la consecuencias de decretar la ineficacia.

Así las cosas, concluyó que al no haberse demostrado el cumplimiento al deber de información por parte de PORVENIR S.A., era procedente declarar la ineficacia del traslado, por ello, ordenó al Fondo privado trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiese recibido por parte de la demandante tales como, cotizaciones, bonos pensiones, rendimientos, descuentos por gastos de administración, primas de seguros previsiones y el valor destinado a configurar el fondo de garantía de pensión mínima; por último, declaró no probada las excepciones de sostenibilidad financiera y prescripción, y condenó en costas a las accionadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión, la demandada COLPENSIONES la apeló. Al respecto, manifestó su disenso frente a la condena en costas, aduciendo que la entidad se encuentra en el presente asunto a razón de la negativa de aceptar al traslado de la actora a esa administradora, la cual solo se ciñó al imperio de la ley, conforme lo reglado en la Ley 797 del 2003. Agregó, que solo es un tercero de buena fe, el cual se ha visto afectado por la normatividad legal y el actuar de la demandante, quien ha permanecido en el régimen de ahorro individual con solidaridad por más de 25 años, por lo tanto, no habría lugar a una condena en costas, sino solo a la orden de recibir a la actora junto con sus aportes pensionales.

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 persuadida 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 efectuó la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través PORVENIR S.A. el 9 de enero de 1996, vinculación que se hizo efectiva el 1º de febrero de 1996, según el reporte SIAFP (Folios 95 y 97 archivo 07). Formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, 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 demandante señora MIGDONIA GONZALEZ LESMES en el interrogatorio de parte a ella practicado, expuso que se trasladó a PORVENIR S.A., en razón a una reunión que los asesores de la AFP realizaron en el banco donde ella se encontraba trabajando, la cual adujó solo duro 5 minutos, momento en el cual se le remitió a su puesto de trabajo el formulario de vinculación. Agregó, que solo le informaron sobre la oportunidad de obtener un beneficio corporativo, la posibilidad de trasladarse de régimen en cualquier momento y que sus semanas en el régimen de prima media con prestación definida no se iban a perder.

Por último, manifestó que su motivación de retornar al régimen de prima media, se debe a que en la actualidad se encuentra mejor informada y se dio cuenta sobre la inconveniencia de permanecer en el Fondo Privado, pues su mesada pensional sería menor que en COLPENSIONES.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de PORVENIR S.A. al momento del traslado del demandante, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual 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 la actora para el año 1996, 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 PORVENIR S.A., no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen de la promotora.

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, 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, 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, señaló 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 la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas de la 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.

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.

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

> *"Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo*

145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

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

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

"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).

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

Así las cosas, luce acertada la decisión del Juez de primer grado; sin embargo, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de ordenar la indexación de los gastos de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, conforme lo sostenido por la Alta Corporación. En lo demás, habrá de confirmarse la sentencia de instancia.

COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente COLPENSIONES.

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 16 de marzo de 2023 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES, debidamente indexados, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, conforme se expuso en la parte considerativa del presente proveído.

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente COLPENSIONES. Se fija 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

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 2018 00252 01**
Demandante:	FROILÁN ORLANDO HIDALGO HIDALGO
Demandados:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A., OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES al abogado NICOLÁS RAMÍREZ MULÓZ, identificado con cédula de ciudadanía 1.018.463.893 y T.P. 302.039 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

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 decisión adoptada en primer grado el 21 de abril de 2023 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor FROLIÁN ORLANDO HIDALGO HIDALGO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A., AFP OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A. y PROTECCIÓN S.A., a fin de declararse la nulidad absoluta que realizara del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al

Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de la referida AFP PORVENIR S.A., por existir un error por vicios en su voluntad ante la falta del deber de información.

Asimismo, se condene a PORVENIR S.A. trasladar el total de los aportes cotizados en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, así como a COLPENSIONES aceptar dichos aportes y decretar su reingreso sin ninguna afectación dentro del Régimen de Prima Media con Prestación Definida y costas.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, indicó que inició su vida laboral y de cotización el 16 de octubre de 1974 como funcionario Público en la Gobernación de Nariño.

Que en el mes de mayo de 1999 realizó afiliación en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PORVENIR S.A., entidad que le ofreció jugosas expectativas pensionales, como lo fueron el crecimiento del capital para la financiación de pensión por vejez y un valor superior al que posiblemente pudiese obtener con el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y, en general las ventajas y desventajas de cada régimen pensional.

Además, expuso que luego de afiliado a PORVENIR S.A., tuvo distintos traslados horizontales a través de las AFP OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A. y PROTECCIÓN S.A., última donde se encuentra afiliado en la actualidad.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda indicando que dentro del expediente no obra prueba que evidencia que al demandante se le hizo incurrir en error por parte de las AFP, como 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 inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

PORVENIR S.A. refirió que la asesoría brindada al actor, al igual que a todos los demás potenciales afiliados, implica una explicación de las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, siendo el cotizante basado en sus condiciones de carácter social, económico, personal y familiar, quien toma la decisión definitiva de trasladarse, pues nadie mejor que cada afiliado conoce dichas condiciones, de allí que en forma libre, informada y espontánea decide adoptar por uno u otro régimen.

Impetró las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica.

SKANDIA S.A. refirió que el demandante llevó un traslado horizontal ante sus dependencias, de allí que no hubiese estado inmersa en la afiliación inicial del actor, adicional a que ya se encontraba inhabilitado para retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de conformidad con lo establecido en la Ley 797 de 2003.

Instauró las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, actos de relacionamiento, SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, el demandante no se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, lo accesorio sigue la suerte de lo principal – falta de interés negociable, prescripción de la acción, prescripción de las acciones

que se derivan del contrato de seguro – gastos de administración, buena fe y genérica.

PROTECCIÓN S.A. expuso que el demandante fue plenamente informado sobre la característica principal del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad la cual es la construcción de un ahorro en una cuenta individual donde se depositan todos los aportes pensionales a lo largo de la vida, generando rendimientos financieros de acuerdo al comportamiento del mercado. Adicionalmente, se le informó que el momento de la pensión es variable pues depende de diversas circunstancias y condiciones particulares de cada afiliado.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y la de ratificación de pertenecer al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al firmar el formato de afiliación con varias AFP de acuerdo a la SL3752.

COLFONDOS S.A. arguyó que en lo referente a la información que se le brindó al actor se extrae que fue suficiente, completa y veraz, sin omitir a la verdad, indicándosele que el valor real de la pensión sería determinado una vez se cumplieran los requisitos para acceder a la pensión y fuera solicitada teniendo en cuenta las diferentes variables con que se calcula.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, Ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A.,

prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y la de compensación y pago.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 21 de abril de 2023, resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de los traslados de régimen pensional de prima media al de ahorro individual, realizados por el señor FROILÁN ORLANDO HIDALGO HIDALGO a través de COLFONDOS S.A., y PORVENIR S.A.*
>
> ***SEGUNDO: ORDENAR** a PROTECCIÓN 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: ABSOLVER** a las demandadas de las demás pretensiones de la demanda.*
>
> ***CUARTO: ABSOLVER** a SKANDIA S.A., de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.*
>
> ***QUINTO: SIN COSTAS**.*
>
> ***SEXTO:** en caso que este fallo no fuere 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, pero si en gracia de discusión se

necesitara dicho requisito, el actor es beneficiario del régimen transicional como quiera que nació el 14 de marzo de 1954, 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 COLFONDOS y PORVENIR S.A., precisando a su vez que en virtud de que el demandante se encuentra afiliado en la actualidad ante PROTECCIÓN S.A., 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, precisando a su vez que de conformidad con lo establecido en los artículos 70, 77 y 101 de la Ley 100 de 1993, no es procedente la devolución de los seguros previsionales y los gastos de administración.

Finalmente, refirió que debe absolvérsele a SKANDIA S.A. como quiera que fue una AFP de tránsito, en la medida que cuando el demandante se afilió a esas dependencias en el año 2011, esa AFP no podía recibirlo puesto que se encontraba dentro de la prohibición legal de traslado.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

El presente proceso se estudia 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., como quiera que la sentencia proferida en primera instancia fue adversas a sus intereses.

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 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 fueron aportados los formularios de afiliación y el correspondiente reporte del SIAFP, los cuales dan cuenta que el demandante se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad inicialmente a través de COLFONDOS S.A. el 13 de diciembre de 1994, teniendo traslados horizontales a PORVENIR S.A. el 25 de mayo de 1995, SKANDIA S.A. el 29 de septiembre de 2011, así como a ING hoy en día PROTECCIÓN S.A. el 31 de diciembre de 2012 (Fl. 17 – PDF 20 PORVENIR CONTESTACIÓN DEMANDA, fls. 32 y 38 – PDF 44 CONTESTACIÓN SKANDIA S.A. y fl. 34 – PDF 45 CONTESTACIÓN PROTECCIÓN), 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"*, máxime si se tiene en cuenta que COLFONDOS S.A., primera AFP mediante la cual el actor se trasladó de régimen pensional, ni siquiera acreditó el mentad formulario.

Por otra parte, el aquí demandante señor FROLIÁN ORLANDO HIDALGO HIDALGO en el interrogatorio de parte a él 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 COLFONDOS S.A. en el año 1994 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.

De allí que se evidencie la notoria falta de información por parte de COLFONDOS 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, pertinente resulta poner de presente que, si bien el demandante es abogado, ostentando en la actualidad el cargo de Fiscal Delegado ante Tribunal, dicha situación no es óbice para que, en atención de lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sea responsabilidad de las AFP acreditar probatoriamente la asesoría y buen consejo respecto de sus potenciales afiliados dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

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	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

	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 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 al fallador de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP COLFONDOS 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 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 la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de

Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se 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.

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

> *"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).*
>
> *"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade*

las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Así las cosas, es evidente que los gastos de administración deban indexarse, más aún cuando tal aspecto en manera alguna se compensa por los rendimientos.

De otra parte, contrario a lo argüido por el operador de instancia donde absolvió a SKANDIA S.A. de cualquier pretensión, teniendo en cuenta lo hasta aquí expuesto esa AFP también deberá responder por lo de su cargo durante el tiempo de permanencia del demandante ante dichas dependencias, aspectos todos por lo que la decisión de primera instancia habrá de revocarse parcialmente y adicionarse.

SIN COSTAS en esta instancia como quiera que el proceso se estudia 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: REVOCAR el numeral cuarto de la sentencia proferida el 21 de abril de 2023 por el Juzgado por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, en el entendido de **CONDENAR** a SKANDIA S.A. S.A. sobre las obligaciones de su cargo durante el tiempo de permanencia del demandante señor FROLIÁN ORLANDO HIDALGO HIDALGO.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo expuesto en las consideraciones anotadas, **ADICIONAR** el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la demandada COLFONDOS S.A., que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto a las sumas correspondientes a rendimientos

y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo que estuvo afiliada a esa administradora.

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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 de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **07 2020 00010 01**
Demandante:	MILENA CECILIA DONADO SIERRA
Demandados:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES al abogado ALEJANDRO BÁEZ ATEHORTUA, identificado con cédula de ciudadanía 1.019.038.607 y T.P. 251.830 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

Igualmente, se reconocer personería para actuar en representación de PORVENIR S.A. a la abogada NEDY JOHANA DALLOS PICO, identificada con cédula de ciudadanía 1.019.135.990 y T.P. 373.640.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 5 de mayo de 2023 por el Juzgado Séptimo 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 MILENA CECILIA DONADO SIERRA promovió demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., a fin de declararse que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el extinto ISS, entidad en la cual realizó cotizaciones destinadas a cubrir las contingencias de invalidez, vejez y muerte a través de distintos empleadores, siendo trasladada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PROTECCIÓN S.A. y HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., bajo engaños al haber sido inducida al error, por lo que, ante la falta de información perdió la posibilidad de pensionarse en condiciones más favorables contenidas en el actual sistema de seguridad social en pensiones administrado por COLPENSIONES, de allí que sea procedente la nulidad o ineficacia de las afiliaciones dentro del régimen privado.

Por consiguiente, se disponga que las cosas deben volver a su estado anterior y, en tal sentido, se ordene su retorno automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, así como a esta última reactivar su afiliación.

Asimismo, se ordene a PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. que por virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, devuelvan a esta última todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses de conformidad con lo establecido en el artículo 1746 del Código Civil, es decir, con los rendimientos que se hubiesen causado, así como 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 se afilió al régimen de pensiones por intermedio del extinto ISS el 7 de septiembre de 1992, realizando cotizaciones hasta el mes de junio de 2000.

Refirió que encontrándose laborando al servicio de la empresa SOFTWARE TÉCNICO LTDA., el 5 de julio de 1995 fue afiliada a PROTECCIÓN S.A., argumentando que su afiliación allí no se hizo efectiva, al igual que para el mes de mayo de 2000, asesores de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., se presentaron en la DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL, entidad para la cual prestaba sus servicios, ofreciendo la opción de traslado de regímenes pensionales.

Que los asesores tanto de PROTECCIÓN S.A. como PORVENIR S.A. omitieron su deber de información en la medida que nunca le informaron que su mesada pensional sería inferior a la que percibiría en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no realizaron una proyección pensional de ambos regímenes pensionales, entre otros aspectos desinformativos.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda manifestando que dentro del expediente no obra prueba que dé cuenta que a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error ante la falta del deber de información por parte de la AFP, o que se está en presencia de algún vicio en el consentimiento como el error, la fuerza o el dolo, al igual que dentro de las solicitudes no se evidencia 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, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica.

PROTECCIÓN S.A. expuso que a la demandante le fue brindada una asesoría integral y completa respecto a todas las implicaciones de su decisión, sin omitir información e indicando claramente todas las características, regulaciones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y su funcionamiento, así como los rasgos diferenciadores respecto al Régimen de Prima Media con Prestación

Definida señalando con total claridad que la forma de construir la pensión en uno y otro son distintas y excluyentes, sin que pueda hablarse de situación más ventajosa o desventajosa en uno y otro pues simplemente son regímenes diferentes y excluyentes, correspondiendo al afiliado realizar su propio juicio de favorabilidad de acuerdo a sus condiciones particulares, tal y como lo hizo la demandante.

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 y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derecho de terceros de buena fe, innominada o genérica y traslado de aportes.

PORVENIR S.A. argumentó en su contestación que al momento en que se dio la vinculación de la demandante ante sus dependencias, le fue brindada una asesoría personalizada, profesional, comparada y completa, en la que dieron información clara, veraz y provista de elementos de juicio objetivos para la toma de una decisión consiente, tal como lo dispone el numeral 1º del artículo 97 del Decreto No. 663 de 1993.

Impetró como medios exceptivos los 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.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 5 de mayo de 2023, resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por:*
>
> *MILENA CECILIA DONADO SIERRA con la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR el 19 de mayo de 2000 contenida en el formulario No. 5515967.*

SEGUNDO: ORDENAR *a PORVENIR SA a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora MILENA CECILIA DONADO SIERRA dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.*

TERCERO: ORDENAR *a PORVENIR SA a devolver a Colpensiones, todos los descuentos realizados a los aportes pensionales de la demandante desde julio de 1995 y mayo de 2000, cuando ocurrió el traslado del régimen pensional, tales como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, para lo cual se le concede al fondo demandado el termino de treinta (30) días, contados a partir del auto de obedecimiento al Superior, deberán presentar un informe debidamente discriminadamente con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes, descuentos objeto de devolución, su indexación y demás información relevante que los justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia.*

CUARTO: ORDENAR *a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al demandante desde su afiliación inicial al ISS.*

QUINTO: *Se declaran* ***NO PROBADAS*** *las excepciones presentadas por ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS – PORVENIR S.A.*

SEXTO: *Se* ***ABSUELVE*** *a ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS – PROTECCIÓN S.A., por las razones expuestas.*

SÉTIMO: SE CONDENA *en costas a los fondos demandados y a favor del demandante. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMMLV, al momento del pago, a cargo de cada uno de los fondos.*

OCTAVO: *se ordena el grado jurisdiccional de consulta ante el Superior a favor de Colpensiones."*

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* memoró que la actora solicita la nulidad o ineficacia del traslado que hiciera ante las AFP encartadas dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través, ante la omisión al deber de información frente al cambio de régimen pensional; deber que deben garantizar las administradoras de fondos de pensiones al momento de efectuar el traslado de los afiliados, según lo ha expuesto el órgano de cierre de esta jurisdicción desde la sentencia de 9 de septiembre de 2008, con Radicado 31989 y 31314, posición que se mantiene en la actualidad.

Igualmente, sostuvo que desde la creación la Ley 100 de 1993 y los Decretos 663 de 1993 y 656 de 1994, ha existido el deber de información en cabeza de las AFP como lo ha enseñado la jurisprudencia, lo que igualmente encuentra sustento en el artículo 1600 del C.C. Seguidamente, adujo que en las sentencias SL-1452 y SL-1688 de 2019 se había aclarado y sintetizado la evolución normativa de dicho deber, el cual se condensa en tres etapas a saber, siendo la primera el deber de información aplicable al caso del gestor toda vez que su traslado del régimen pensional se realizó en 1994, ello en consonancia con lo reglado en el literal b) del artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, al igual que el artículo 97 numeral 1º del Decreto 663 de 1993.

Luego, el alcance de ese deber de información consistía en ilustrar las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, obligación que recaía en cabeza de fondo privado, situación que debía acreditarse dentro de este proceso, posteriormente se introdujo el deber de asesoría y buen consejo con la Ley 1328 de 2009, el Decreto 2241 de 2010 y finalmente el de doble asesoría con la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

En esa medida, expuso que de las pruebas arrimadas al plenario no se acreditó que PORVENIR S.A., al momento de vincular a la demandante en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad le hubiese suministrado la información veraz, clara, comprensible y detallada respecto a las consecuencias que conllevaría en su futuro pensional la decisión de trasladarse a un fondo privado, lo que constituye una falta al deber de información en los términos ya relacionados, lo cual no se prueba con la suscripción del formulario de afiliación, tornándose ineficaz la vinculación y el traslado que realizo la gestora en 1999 a la AFP PORVENIR S.A., carga probatoria que por demás se regula en el artículo 167 del C.G.P.

Al unísono, sostuvo que si bien la demandante en principio tuvo un traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PROTECCIÓN S.A. cuando tenía 25 años de edad, retornó al ISS en el mes de 1996 según se desprende de la historia laboral de COLPENSIONES, para posteriormente trasladarse nuevamente al

régimen privado en el año 2000 a través de HORIZONTE hoy en día PORVENIR S.A., siendo entonces esta última AFP respecto de quien recae la obligación.

En consecuencia, era procedente ordenar a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, los cuales deben incluir la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros que se causen hasta la fecha de entrega de los mismos, junto con los gastos de administración y primas de seguros de previsionales de invalidez y sobrevivencia y porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínimo, con cargo a sus propias utilidades, debidamente indexada, junto con la información relevante que lo justifique.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló, argumentando en su alzada que con el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se incurrió en ninguna prohibición legal, adicional al hecho que a la fecha del traslado la actora no tenía derechos adquiridos ni estaba cobijada por el régimen de transición.

Que tampoco existe prueba que permita colegir la existencia de algún vicio en el consentimiento entendido como el deber de información de la AFP, por lo que no se puede responder por la falta de información de un tercero, más aún si la demandante indicó en el interrogatorio de parte rendido no encontrar de haberse trasladado en su momento nuevamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

En cuanto a la imposición de costas en primera instancia las mismas deben ser revocada, teniendo en cuenta que como entidad resulta ser un tercero de la controversia pues la relación alegada fue entre la AFP demandada y la demandante.

PORVENIR S.A. por su parte indicó que, si bien existe un precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el mismo no se puede aplicar de manera general sino analizar cada caso en concreto, más aún si la demandante realizó el traslado de régimen pensional de

manera libre y voluntaria según la normatividad vigente para el momento del traslado, siendo el formulario de afiliación la prueba de ello.

Que en lo que concierne a la devolución de los rendimientos financieros, al declararse la ineficacia del traslado debe entenderse que los recursos que entraran como rendimientos deben corresponder a los que se hubieran generado en la reserva del ISS, y no los generados en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por lo que deberá absolverse sobre lo pertinente.

Finalmente sostuvo que, de proceder con la indexación de lo condenado, se estaría incurriendo en una doble condena, por lo que también deberá gozar de absolución esta figura, junto con las costas procesales ordenadas en primera instancia.

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 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 fueron aportados los formularios de afiliación que efectuara la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la PROTECCIÓN S.A. el 5 de julio de 1995 y HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 19 de mayo de 2000 (Fls. 106 y 107 – PDF 01 CUADERNO FÍSICO, fl. 38 – PDF 03 CONTESTACIÓN PROTECCIÓN S.A. y fl. 73 – PDF 04 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, la aquí demandante señora MILENA CECILIA DONADO SIERRA 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. en el año 1995 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 como las 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.

En este punto, pone de presente la Sala que contraria a lo argumentado por el operador de instancia, del caudal probatorio que reposa dentro del plenario, especialmente el SIAFP expedido por ASOFONDOS, se aprecia que la demandante inicialmente se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 1º de agosto de 1995 a través de PROTECCIÓN S.A., teniendo un traslado horizontal con destino a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 1º de julio de 2000.

En tal sentido, palmario resulta que la demandante luego de que se trasladara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PROTECCIÓN S.A. en el año 1995, no tuvo retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida como así sostuvo el *a-quo*; circunstancia por la cual, en atención del grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES en que se estudia el asunto de marras, palmario resulta que hay lugar a modificar la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que la responsabilidad del deber de información para con la demandante al momento del traslado recayó sobre la AFP PROTECCIÓN S.A.

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	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes

consejo y doble asesoría.	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 1995, 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 es procedente la declaratoria de 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:

> *"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.*
>
> *"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 la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se 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.

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

> *"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).*
>
> *"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.*

Así las cosas, es evidente que los gastos de administración deban indexarse, más aún cuando tal aspecto en manera alguna se compensa por los rendimientos.

En lo atinente a la inconformidad que presenta las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A. de condena en costas en primera instancia, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio.

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 esas accionadas se opusieron a las pretensiones de la demanda, además, fueron condenas a ciertas órdenes a razón de la declaratoria de ineficacia, siendo así claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas, pues resulta evidente que fue vencida en juicio, aspectos todos por los que la sentencia de primer grado se confirmará en su integridad, adicional al hecho que al resultar vencida en juicio también PROTECCIÓN S.A. teniendo en cuenta las razones expuestas, debe condenársele en costas a esta última.

COSTAS en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES por resultar vencidas en juicio.

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 la sentencia proferida el 5 de mayo de 2023 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **DECLARAR INEFICAZ** la afiliación efectuada y en consecuencia **CONDENAR** a la demandada PROTECCIÓN S.A., que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto a las sumas correspondientes a rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada

AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo que estuvo afiliada 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.

De la misma forma, deberá proceder el restante de las AFP llamadas a este juicio frente a la devolución a COLPENSIONES de los gastos de administración sobre los aportes efectuados por la demandante mientras estuvo afiliada a esa administradora.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. Se fija como agencias en derecho la suma de $500.000 para cada una de ellas. Las de primera instancia deberán correr también a cargo todas las encartadas.

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 **07 2020 00237 01**
Demandante:	MIRTA MURCIA GÓMEZ
Demandados:	COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada LYDA BIBIANA GIL HERRRA, identificada con cédula de ciudadanía 31.434.957 y T.P. 373.527 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. en contra de la sentencia proferida el 7 de junio de 2023 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MIRTA MURCIA GÓMEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., a fin que se declare la ineficacia de la afiliación que realizó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS S.A., por falta al deber de información y se declare que se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida.

Como consecuencia de tales declaraciones, solicita se condene a COLFONDOS S.A. a registrar en su sistema de información que su afiliación es ineficaz en el régimen que administra, asimismo traslade a COLPENSIONES la totalidad del capital que reposa en su cuenta individual de ahorro, junto con los rendimientos, bonos o títulos pensiónales, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, sin aplicar ningún descuento. Igualmente, se condene a COLPENSIONES a activar su afiliación en el régimen que administra y reciba las sumas antes referidas. Finalmente, solicita se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*, más las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que realizó aportes al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES desde el 10 de mayo de 1989 y suscribió formulario de afiliación a COLFONDOS el 4 de diciembre de 1995, luego de que el asesor comercial de ese fondo le indicara que el I.S.S. pasaba por problemas financieros, lo que hacía incierto el futuro de sus afiliados en materia pensional, siendo esa administradora una mejor alternativa, empero, sin explicarle de forma clara y comparada cuáles eran las diferencias entre ambos regímenes pensionales, las ventajas y desventajas de los mismos y las consecuencias que le conllevaría el traslado, únicamente le ofreció una mesada pensional superior a la que podría reconocerle el I.S.S., pero sin informarle los requisitos para acceder a esa prestación pensional en el RAIS y en el RPMPD.

Añadió que el fondo privado no se le brindó una reasesoría pensional antes de que le faltarán menos de diez años para cumplir la edad mínima de pensión y que según proyección pensional, contrario a lo sostenido por la administradora de pensiones sería superior en el régimen de prima media. A

su vez, expuso que solicito a las demandadas la ineficacia de su traslado de régimen pensional, pedimento que fue negado por las encartadas. (archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLFONDOS S.A. se opuso a las pretensiones del *petitum*, argumentado que brindó a la demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, en la que informó sobre las características, diferencias, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, el derecho al bono pensional, la posibilidad de efectuar aportes voluntarios, la rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, la posibilidad de retracto, lo que consta en el formulario de afiliación.

Enlistó como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago. (archivo 09)

COLPENSIONES contestó con oposición a las pretensiones elevadas en la demanda, argumentando que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le haya hecho incurrir en error por falta al deber de información por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, como tampoco se evidencia inconformidad alguna por parte de la demandante, al contrario, de las documentales obrantes en el plenario se advierte que se encuentran sujetas a derecho, sin que de las mismas se desprenda constreñimiento alguno. De otra parte, adujo que la gestora no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 y está inmersa en la prohibición legal dispuesta en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Propuso como medios exceptivos los que denominó como 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 administradora de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (f. 1 a 10 archivo 10).

En su intervención, el MINISTERIO PÚBLICO señaló que el deber de información, debe mantenerse desde la pre afiliación y por todo el tiempo en que se mantenga la afiliación del trabajador, información que deber ser completa, suficiente, comprensible, veraz y útil para orientarlo en su elección de vincularse o mantenerse en determinado régimen pensional. De otra parte, refirió que la nulidad o ineficacia del traslado tiene una relación directa con el derecho a la pensión, el cual goza de imprescriptibilidad, por lo tanto, las solicitudes de nulidad que llegaren a presentarse correrían la misma suerte. (archivo 22).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ en sentencia proferida el 7 de junio de 2023, resolvió:

> *"PRIMERO: Declarar la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora MIRTA MUCRIA GÓMEZ con la AFP COLFONDOS el 4 de diciembre de 1995 contenida en el formulario No. 694977.*
>
> *SEGUNDO: ORDENAR a COLFONDOS S.A., a trasladar la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora MIRTA MUCRIA GÓMEZ dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.*
>
> *TERCERO: ORDENAR a COLFONDOS S.A., a devolver a COLPENSIONES, todos los descuentos realizados a los aportes pensionales de la demandante, desde que ocurrió el traslado de régimen pensional, tales como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, para lo cual se le concede al fondo demandado el termino de treinta (30) días, contados a partir del auto de obedecimiento al Superior, deberán presentar un informe debidamente*

discriminadamente con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes, descuentos objeto de devolución, su indexación y demás información relevante que los justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la demandante desde su afiliación inicial al ISS.

QUINTO: SE DECLARAN NO PROBADAS las excepciones presentadas por la COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. S.A.

SEXTO: SE CONDENA en costas a los fondos demandados y a favor del demandante. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMMLV, al momento del pago, a cargo de cada uno de los fondos.

SÉPTIMO: se ordena el grado jurisdiccional de consulta ante el Superior a favor de Colpensiones."

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* memoró que la jurisprudencia emanada por el órgano de cierre de esta especialidad, ha precisado que desde la expedición de la Ley 100 de 1993 y los Decretos 663 de 1993 y 656 de 1994, ha existido el deber de información en cabeza de las AFP, lo que igualmente encuentra sustento en el artículo 1600 del C.C. Seguidamente, adujo que en las sentencias SL-1452 y SL-1688 de 2019 se había aclarado y sintetizado la evolución normativa de dicho deber, el cual se condensa en tres etapas a saber, siendo la primera el deber de información aplicable al caso de la gestora, toda vez que su traslado de régimen pensional se realizó en 1995, ello en consonancia con lo reglado en el literal b) del artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, al igual que el artículo 97 numeral 1º del Decreto 663 de 1993.

Luego, el alcance de ese deber de información consistía en ilustrar las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, obligación que recaía en cabeza de fondo privado, situación que debía acreditarse dentro de este proceso, posteriormente se introdujo el deber de asesoría y buen consejo con la Ley 1328 de 2009, el Decreto 2241 de 2010 y finalmente el de doble asesoría con la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

En esa medida, expuso que de las pruebas arrimadas al plenario no se acreditó que COLFONDOS S.A., al momento de vincular a la demandante le hubiese

suministrado la información veraz, clara, comprensible y detallada respecto de las consecuencias que conllevaría en su futuro pensional la decisión de trasladarse a un fondo privado, lo que constituye una falta al deber de información en los términos ya relacionados, lo cual no se prueba con la suscripción del formulario de afiliación, tornándose de esa manera ineficaz el traslado que realizó la gestora a la AFP COLFONDOS S.A., lo que a su vez conlleva la devolución de las sumas producto de dicho retorno, en consecuencia, declaró la ineficacia del traslado de régimen que realizo la actora y ordenó la devolución por parte del fondo privado a COLPENSIONES los rubros producto de esa declaratoria. Por último, 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, COLPENSIONES la apeló. Al respecto, refirió que la sentencia de instancia no tuvo en cuenta que la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado establecida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, por lo que no era procedente declarar la ineficacia del traslado con el consecuente retorno de ésta al régimen que administra, ya que esa decisión vulnerando el principio de sostenibilidad financiera de ese fondo común.

COLFONDOS S.A. en su alzada solicita se revoquen las condenas impuestas en los numerales segundo y tercero de la sentencia de instancia, aduciendo que los asesores de ese fondo brindaron una asesoría integral y completa a la actora, e indicaron las características, ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, el derecho de retracto y la rentabilidad que obtendrían en el mismo.

Igualmente, solicita se revoque la condena referente a la devolución de gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima indexados, ya que las primas de seguros previsionales deben ser cubiertas por la aseguradora por ausencia de interés asegurable, dado que el contrato no produjo efecto alguno, aunado a que los fondos solo están obligados a responder por moras en el pago de las primas, lo que aquí no ocurre. En cuanto a los gastos de administración refirió que están dirigidos a retribuir la gestión de las administradoras de pensiones,

por lo que devolver tales sumas genera un doble pago y produciría un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES; por último, solicita se le absuelva de la condena en costas ya que siempre actuó de buena fe.

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 persuadida 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.

Acorde con lo anterior, 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, o si se trasladó de manera horizontal, o si se está a menos de diez años para la edad de pensión, pues son hechos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuó la actora el 6 de diciembre de 1995 con COLFONDOS S.A., vinculación que se hizo efectiva a partir del 1º de enero de 1996, como se observa de la certificación SIAFP (f. 32 y 34 archivo 09). Formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acredita que en efecto se haya suministrado la 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".*

Adicionalmente, en el interrogatorio de parte practicado a la demandante MIRTA MURCIA GÓMEZ, indicó que comenzó a laborar en 1989 y que estuvo afiliada al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, posteriormente se trasladó a finales de 1985 a COLFONDOS, traslado que fue producto de una reunión a la que fue convocada por parte de su empleador con los asesores de los diferentes fondos de pensiones, en la que le manifestaron que el ISS atravesaba un momento crítico y las cotizaciones estaban en riesgo, por lo que la mejor

opción sería vincularse a los fondos privados de pensiones, en esa medida, firmó el formulario de afiliación el cual ya estaba diligenciado. De otro lado, sostuvo que quiere retornar a COLPENSIONES ya que la mesada que obtendría sería superior a la que le concedería el fondo privado.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de COLFONDOS S.A. al momento del traslado de la demandante, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, siendo evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo 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 1995, 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 COLFONDOS S.A. no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen de la promotora.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración a los que hace alusión COLFONDOS S.A. en su alzada, cumple memorar 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 COLFONDOSS.A. Deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales".

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

Respecto a la posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado, al que alude COLPENSIONES en la alzada, se hace imperioso traer a colación lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, en la que indicó 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 dejo 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 la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746

del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

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

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

En lo atinente a la inconformidad que presenta COLFONDOS S.A. respecto a la condena en costas, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, luego, al haber sido evidente que esa accionada se opuso a las pretensiones de la demanda y al no salir avante los argumentos que expuso en la impugnación, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas, pues resulta evidente que dicha encartada fue vencida en juicio. En efecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

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

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

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

"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).

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

De ese modo, luce acertada la decisión del juez de primer grado. Corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

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 Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá el 7 de junio de 2023, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. Se fijan como agencias en derecho la suma de $500.000, a cargo de cada una 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

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 **10 2019 00782 01**
Demandante:	CLAUDIA PATRICIA SUÁREZ CORTÉS
Demandados:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio del dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de PORVENIR S.A. a la abogada CAMILA SOLER SÁNCHEZ, identificada con cédula de ciudadanía 1.014.290.875 y T.P. 352.159 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 21 de abril del 2023 por el Juzgado Décimo 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 CLAUDIA PATRICIA SUÁREZ CORTÉS promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., a fin de declararse la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad; de igual forma, solicita se declare que siempre ha permanecido afiliada al régimen de prima media con prestación definida, el cual es administrado hoy COLPENSIONES.

Como consecuencia de tales declaraciones, solicita se ordene el traslado de los aportes realizados en el régimen de ahorro individual con solidaridad a COLPENSIONES, así como, se condene a las demandadas cancelar las agencias de derecho, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 26 de mayo de 1966 y realizó cotizaciones al régimen de prima media con prestación definida por el periodo comprendido entre junio de 1990 a abril de 1995, en donde alcanzó un total de 255 semanas cotizadas; sin embargo, expuso que el 1º de mayo de 1995, se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Refirió haber cotizado 1373 semanas al sistema general de pensiones, de manera tal, que radicó derecho de petición ante COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. solicitando la documentación relativa a su traslado, información de las variables tenidas en cuenta para determinar la mesada pensional y un reporte de su proyección pensional en ambos regímenes, ante lo cual, ambas encartadas le hicieron entrega de su formulario de afiliación, un certificado de su cuenta de ahorro y su historia laboral consolidada; adicionalmente, señalaron que la información suministrada a ella sobre su traslado pensional se realizó de manera verbal, por lo tanto, no contaban con soporte alguno de la misma.

En el mismo sentido, COLFONDOS S.A. le comunicó que su mesada pensional en el régimen de ahorro individual sería de $2.325.049, siempre y cuando a la

edad de 57 años tuviera un capital ahorrado de $615.370.125; mientras que en el régimen de prima media con prestación definida sería de $4.339.538.

Arguyó que la decisión de trasladarse de régimen pensional no fue informada, autónoma, y consciente, toda vez que no se le suministró información completa, integral y veraz sobre las consecuencias de vincularse al régimen de ahorro individual con solidaridad. En razón de ello, solicitó a COLFONDO S.A. y PROTECCIÓN S.A. declarar nulo o ineficaz el traslado de régimen y retornar sus aportes a COLPENSIONES, pedimento que fue denegado por ambas entidades al considerar que su vinculación se dio en razón a su derecho a la libre elección.

Por último, expuso que solicitó a COLPENSIONES declarar la nulidad de su traslado, así como ordenar a las demandas retornar los aportes realizados en el régimen de ahorro individual con solidaridad, solicitud que fue resuelta de manera negativa. (Folios 53 a 76 Archivo 1)

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones del libelo introductorio, aduciendo que se desconocen las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que la demandante efectuó el traslado del RPMPD al RAIS a través de PROTECCIÓN S.A. Por otro lado, explicó que el traslado pensional se realizó en ejercicio del derecho de libre escogencia de acuerdo a lo consagrado en la ley 100 de 1993, por lo que los vicios de consentimiento, la falta de información y la ineficacia alegada, deberán probarse a lo largo del proceso.

Propuso como excepciones de fondo las prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y declaratoria de otras excepciones (Folios 83 a 88 Archivo 1)

Entre tanto, COLFONDOS S.A. dijo no oponerse a las pretensiones relacionadas con el traslado de régimen; empero, si a las referentes a condenas *ultra y extra petita* y las costas del proceso. Al respecto, señaló que, aunque la afiliación es completamente válida y obró de acuerdo a los parámetros establecidos en la

ley, si se considera viable ordenar el traslado de régimen, no se opondría a tal decisión y trasladaría los aportes, junto con los rendimientos, siempre y cuando ello no le implique algún tipo de responsabilidad y se le absuelva de cualquier pretensión accesoria como las costas. Además, precisó que a la fecha no cuenta con valores adicionales por concepto de bonos pensionales y que solo puede dar viabilidad al traslado hasta que COLPENSIONES lo acepte.

Formuló como excepciones de mérito las que denominó buena fe, la innominada o genérica y la de compensación y pago. (Folios 83 a 91 Archivo 04).

Como excepción previa, formuló falta de integración de litisconsorcio necesario por pasiva, la cual fue resuelta en audiencia del artículo 77 del C.P.T y de la S.S. el 1º de septiembre del 2022, ante lo cual, se dispuso, vincular al proceso a AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. como litisconsorte necesario, toda vez que la demandante estuvo afiliada a dicho fondo y el resultado del proceso puede repercutirlo. (Archivo 16).

Una vez vinculado al proceso, PORVENIR S.A. contestó oponiéndose a totalidad de las pretensiones de la demanda, arguyendo que la demandante no allegó prueba sumaria de las razones de hecho que sustenten la omisión al deber de información y la ineficacia o nulidad de la afiliación, por consiguiente, se encuentra válidamente afiliada al RAIS. Por último, arguyó que no se puede exigir requisitos adicionales a las AFP para la época del traslado de la actora.

Formuló como excepciones las 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. (Folios 2 a 27 Archivo 18).

Finalmente, mediante proveído del 24 junio del 2022, se tuvo por no contestada la demanda de PROTECCIÓN S.A., en razón a que dentro del término legal correspondiente no allegó escrito de contestación.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 21 de abril del 2023, resolvió:

> ***"PRIMERO:*** *DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la demandante señora Claudia Patricia Suárez Cortes al fondo de pensiones COLMENA hoy la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A. mediante la suscripción de la afiliación realizada el 26/04/1995, en consecuencia, se declara ineficaces los traslados subsiguientes que hizo la demandante a fondo de pensiones ING hoy AFP PROTECCIÓN realizado el 10/05/99, el traslado a AFP HORIZONTE hoy AFP PORVENIR S.A realizado el 6/08/01, y el traslado posterior a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS EL 6/08/03, por las rezones expuesta en esta sentencia teniendo en cuenta que se incumplió con del deber de información completa, cierta, veraz y oportuna sobre características, ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, especialmente en cuanto a las consecuencias del traslado de la demandante de régimen pensional y por ende se declara ineficaz el traslado de RPMPD al RAIS, de conformidad a lo manifestado y se ordena el regreso automático sin solución de continuidad al régimen de prima media administrado por Colpensiones, de conformidad a la parte motiva.*
>
> ***SEGUNDO****: CONDENAR a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES recibir y restablecer afiliación de la demandante CLAUDIA PATRICIA SUAREZ CORTES al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad conforme a lo expuesto en la parte motiva.*
>
> ***TERCERO****: CONDENAR a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS ., hacer entrega al régimen de prima media administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora CLAUDIA PATRICIA SUAREZ CORTES, correspondientes a cotizaciones, frutos e intereses, rendimientos , bonos pensionales si los hubiese, como lo dispone el artículo 1746 del C.C., de igual debe realizar la devolución de los gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, con cargo a sus propias utilidades, todas estas sumas debidamente indexadas, que le hubieren descontado durante su vinculación, y deberá allegar los documentos correspondientes al pago de estas sumas a Colpensiones y que den cuenta de las sumas recibidas por cotizaciones, ciclos, ibc, rendimientos, intereses, valor del bono pensional redimido y las descontadas por gastos de administración, primas de seguros previsionales, porcentajes de garantía de pensión mínima para que Colpensiones pueda establecer que la devolución se hace en los términos ordenados en esta sentencia, dicha devolución deberá realizarse en el término de los 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, de conformidad a la parte motiva.*
>
> ***CUARTO:*** *CONDENAR a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, a devolver al régimen de prima media administrado por*

COLPENSIONES de todos los valores que hubiere DESCONTADO con motivo de la afiliación de la señora CLAUDIA PATRICIA SUAREZ CORTES por gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, con cargo a sus propias utilidades, debidamente indexados que le hubiera realizado, con los documentos correspondientes al pago efectivo a Colpensiones y de las sumas descontadas por gastos de administración, primas de seguros previsionales , porcentajes de garantía de pensión mínima para que Colpensiones pueda establecer que la devolución se hace en los términos ordenados, para ello, dicha devolución deberá realizarse en el término de los 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, de conformidad a la parte motiva.

***QUINTO**: CONDENAR a Colpensiones de manera inmediata a la ejecutoria de la sentencia debe imputar en la historia laboral del demandante en Colpensiones para efectos pensionales las semanas cotizadas en el RAIS, así mismo condenar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a que una vez ingresen estas sumas de dinero provenientes de AFPS PROTECCION S.A., AFP PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A., debe proceder a revisar que se haya hecho la devolución de conformidad a lo ordenado en esta sentencia, de conformidad a la parte motiva de esta providencia.*

***SEXTO**: DECLARAR no probadas las excepciones planteadas por las demandadas, conforme a lo expuesto.*

***SEPTIMO**: CONDENAR en costas de esta instancia a la AFP PROTECCION S.A., AFP PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A Y COLPENSIONES a favor de la demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo como agencias en derecho a cargo de las administradoras AFP PROTECCION S.A. la suma de $ 1.100.000, y a AFP PORVENIR S.A., COLFONDOS Y COLPENSIONES, por concepto de Agencias en Derecho a cargo de cada una la suma de $ 350.000.*

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* expuso que, según la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la presente controversia debe abordarse desde la institución de las ineficacias y no de las nulidades como lo solicita la activa, por lo tanto, mencionó como sustento normativo de su decisión, los artículos 13, 14, 24, 25, 36 y 101 de la Ley 100 de 1993, el Decreto 656 de 1994, el Decreto 692 de 1994, el Decreto 663 de 1993, el Decreto 2555 de 2010 y la Ley 1458 de 2014.

De la misma forma, hizo alusión a la jurisprudencia emanada por el órgano de cierre de esta jurisdicción, la cual ha señalado, que cuando no hay un traslado de régimen informado lo que procede es su ineficacia, pues el afiliado debe conocer las características de ambos regímenes pensionales, precisando que es el fondo privado quien corre con la carga de la prueba tendiente a demostrar

que suministró al afiliado una debida información, lo que no se prueba con la suscripción del formulario de afiliación, ni se reafirma con los diferentes traslados horizontales. En consecuencia, lo que se debe analizar es la información suministrada al afiliado al momento de adoptar la decisión de trasladarse.

En el presente caso, refirió que la actora suscribió formulario de afiliación por medio del cual se trasladó de régimen pensional a través de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. el 16 de abril de 1995, no obstante, expuso que del mismo no se deriva habérsele suministrado información a la demandante referente a bono pensional, derecho de retractación, posibilidad de realizar aportes voluntarios y modalidades pensionales. Adicional a ello, estableció que, del interrogatorio de parte practicado a la promotora, no se logró obtener confesión de habérsele brindado información clara, expresa y oportuna al momento de trasladarse, agregando que los posteriores traslados horizontales y el tiempo de permanencia de la actora en el RAIS no convalidaban el consentimiento originalmente dado.

Así las cosas, declaró la ineficacia del traslado y ordenó a COLFONDOS S.A. el retorno a COLPENSIONES de todas las sumas que reposen en la cuenta de ahorro individual de la demandante, correspondiente a cotizaciones, frutos, intereses, bonos pensionales si los hubiere y rendimientos, junto a los gastos de administración, los seguros previsionales y el porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima, sumas que deben ser indexadas al momento de la devolución y retornadas de igual manera por PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A., con cargo a sus propias utilidades, declarando no probada la excepción de prescripción y por ende, las demás formuladas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión, la demandada PORVENIR S.A. la apeló. En su alzada, arguyó que no era exigible a los fondos privados conservar un documento más allá del formulario de afiliación, agregando que era la actora quien tenía el deber de actuar con mediana diligencia y ser conocedora del acto jurídico que estaba realizando, además de contar con las herramientas

necesarias para corroborar y ampliar toda la información suministrada por los Fondos a los que ha estado vinculada.

En su argumentación, refirió su inconformidad frente al retorno de gastos de administración, primas previsionales y rendimientos financieros, explicando: i) que los gastos de administración no se encuentran destinados para financiar una pensión, pues tienen una asignación específica por mandato legal; ii) las sumas destinadas a primas previsionales fueron trasladadas a las respectivas aseguradoras contratadas por la AFP para amparar las prestaciones económicas de invalidez y muerte de la demandante y; iii) los rendimientos financieros se generaron en el régimen de ahorro individual, los cuales, no se hubieran causado en la misma proporción en el RPMPD. En el mismo sentido, explicó que devolver los anteriores rubros de manera indexada sería una doble condena, en tanto los rendimientos que se pretenden devolver, ha permitido que los aportes realizados no hayan perdido su valor en el tiempo.

Entre tanto, COLPENSIONES presentó recurso de apelación. Al respecto, adujó que la actora tenía pleno conocimiento de su traslado al RAIS, por lo tanto, no era dable alegar la existencia de vicios de consentimiento y la omisión al deber de información. Adicional a ello, expuso que dentro del presente proceso obran los medios de pruebas documentales suficientes para determinar que el traslado de régimen pensional se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, agregando que el asesor del fondo privado le suministró toda la información referente a los efectos jurídicos que conduciría trasladarse de régimen.

Seguidamente, refirió que no se generó ningún vicio del consentimiento de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 1508 del C.C.; en consideración, afirmó que la demandante siempre fue consciente de la afiliación que realizó, luego, no fue obligada, ni mucho menos, se ejerció presión o fuerza para que se cambiara de régimen. Adicionalmente, enfatizó que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal para trasladarse de acuerdo a lo establecido en la Ley 797 del 2003.

Por último, presentó su inconformidad frente a la decisión de condena en costas, argumentando que la entidad siempre ha actuado conforme al principio de buena fe, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 83 de la C.P.

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 persuadida 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 efectuó la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. el 26 de abril de 1995, el formulario mediante el cual se trasladó a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 26 de julio del 2001 y el formato de vinculación a COLFONDOS S.A. el 10 de julio del 2003, vinculaciones que se hicieron efectivas el 1º de mayo de 1995, el 1º de septiembre del 2001 y el 1º de septiembre del 2003 respectivamente, según el reporte SIAFP. (Folios 21 y 35 archivo 01, folio 40 Archivo 04 y folio 28 Archivo 18).

Formularios que, si bien refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, 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, la demandante señora CLAUDIA PATRICIA SUÁREZ CORTÉS en el interrogatorio de parte a ella practicado, expuso que en el año 1995, los asesores de COLMENA hicieron una reunión en la empresa en donde se

encontraba trabajando, reunión en la cual le comentaron que el fondo era una empresa sólida y respaldada por un grupo económico, además, se le explicó que se crearía una cuenta de ahorro individual para salvaguardar su dinero y que el ISS desaparecería; ante lo cual, decidió trasladarse a la AFP.

Refirió no haber recibido información sobre la posibilidad de pensionarse anticipadamente, rentabilidad pensional, el funcionamiento del RPMPD, pensión de sobrevivencia e invalidez, modalidades pensionales, bono pensional, garantía de pensión mínima, requisitos para pensionarse en el RAIS y posibilidad de realizar aportes voluntarios. Por otra parte, explicó que se trasladó a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., y a COLFONDOS S.A. debido a que en la empresa en donde se encontraba trabajando, eran los fondos que se manejaban, siendo el área de recursos humano quien le proporciono los respectivos formularios.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna de parte de la actora sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. al momento del traslado del demandante, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual 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 1995, 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:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

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

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

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

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

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

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

En lo atinente a la inconformidad que presenta COLPENSIONES respecto a la condena en costas impuestas en primera instancia, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, luego, al haber sido evidente que esa accionada se opuso a las pretensiones de la demanda, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas. En

efecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló sobre el particular:

> *"Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.*
>
> *"En tal virtud, como en primera instancia la vencida en juicio fue la accionada, en cuanto prosperó la pretensión subsidiaria de pagar la devolución de saldos y a ella se opuso dicha entidad al contestar el libelo inicial, la decisión del Juzgado de condenarla en costas se ajusta a derecho; máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón".*

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

> *"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).*
>
> *"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.*

De ese modo, luce acertada la decisión de la juez de instancia de ordenar la devolución de los rendimientos, la prima de seguros previsionales, los gastos de administración y la indexación de los conceptos a los cuales se hizo alusión

en la sentencia de primera instancia. Corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de los recurrentes COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

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 Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, proferida el 21 de abril de 2023, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Se fija como agencias en derecho la suma de $500.000, 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

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ **JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**

Magistrado **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 **10 2020 00456 01**
Demandante:	LEONEL ANTONIO FORERO VANOY
Demandados:	COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES al abogado JHEISSON SANTIAGO GARZÓN PIAMONTE, identificado con cédula de ciudadanía 1.018.435.921 y T.P. 277.9810 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 18 de abril de 2023 por el Juzgado Décimo 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 LEONEL ANTONIO FORERO VANOY promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., a fin de declararse la

nulidad o ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS S.A. en mayo de 1998; adicional a ello, solicita se declare que el fondo privado lo hizo incurrir en un error al no proporcionarle la información necesaria, suficiente, clara y precisa referente a las implicaciones de trasladarse de régimen pensional; así mismo, se declare que el formato de afiliación suscrito, no facultaba a la AFP para transferirlo ya que nunca fue informado sobre los beneficios del régimen y los requisitos adicionales para adquirir su pensión. A su vez, solicita se declare que COLPENSIONES no le comunicó las ventajas y desventajas del régimen que administra, por lo tanto, solicita se confirme su afiliación al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad.

Como consecuencia de tales declaraciones, el actor pretende se condene a COLFONDOS S.A., a trasladarlo a COLPENSIONES, junto con la totalidad de las cotizaciones realizadas desde julio del 2000 hasta la fecha en que se haga efectivo el traslado correspondiente, así como los rendimientos, bonos pensionales y demás sumas de dinero que se hubieran generado en su cuenta de ahorro individual, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita.*

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 18 de mayo de 1963 y efectuó cotizaciones al régimen pensional de prima media; sin embargo, expuso que en 1998 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS S.A. con la finalidad de colabórale a una amiga que trabajaba en dicho Fondo, adicional a ello, afirmó haberse traslado bajo el pleno convencimiento de la información que le había sido suministrada, la cual fue: i) pensionarse anticipadamente; ii) una mayor mesada pensional y; iii) la liquidación del ISS.

Refirió que continuó su vida laboral bajo la convicción de la información brindada por COLFONDOS S.A., no obstante, aseguró no haber sido informado sobre las implicaciones del cambio de régimen pensional, las características del régimen de ahorro individual, los requisitos para pensionarse, la

oportunidad de realizar aportes voluntarios, la posibilidad de retornar al régimen de prima media, la prohibición legal de traslado, proyecciones pensionales, los factores que se tendrían en cuenta para la liquidación de su mesada pensional, los rendimientos financieros y el cobro de gastos de administración.

De igual forma, afirmó que no se le suministró documento alguno donde se establecieran las condiciones, obligaciones y deberes relacionados a la administración de sus aportes a pensión; por otro lado, aseguró que COLPENSIONES no le brindó ninguna asesoría, por medio de la cual le explicaran las ventajas y desventajas de trasladarse de régimen, así como tampoco se le envió comunicación alguna de la posibilidad de retornar al régimen de prima media. Debido a lo anterior, explicó que finalizo el periodo legal para trasladarse de régimen sin que hubiera sido informado por COLFONDOS S.A. al respecto.

En razón de ello, el 18 de noviembre del 2020, solicitó a COLPENSIONES la nulidad de su traslado de régimen a COLFONDOS S.A., pedimento que fue denegado por dicha entidad. De la misma forma, solicitó a COLFONDOS S.A. la documentación relativa a su afiliación, ante lo cual, esa encartada no dio respuesta a su petición. (Folios 1 a 17 Archivo 01)

Mediante auto del 13 de diciembre del 2021, se dispuso corregir el nombre del demandante a LEONEL ANTONIO FORERO VANOY, y no como erróneamente había quedado consignado en auto del 7 de diciembre del 2021 de LEONEL ANTONIO FORERO VANEY.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones del libelo introductorio, aduciendo que dentro del presente proceso obran los medios probatorios suficientes, lo cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por el actor se realizó de manera libre y voluntaria, además, refirió que el respectivo asesor del fondo privado suministró información clara y precisa sobre los efectos jurídicos de trasladarse de régimen. Por otro lado,

arguyó que de conformidad a lo establecido en el artículo 83 de la C.P., es el demandante quien debe desvirtuar la buena fe del fondo de pensiones.

Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, inexistencia del derecho y de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe de COLPENSIONES y la innominada o genérica. (Folio 1 a 12 archivo 14).

Entre tanto, COLFONDOS S.A. contestó oponiéndose a la totalidad de pretensiones, en especial, las relacionadas con la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen. Refirió que la afiliación de la demandante se dio en virtud de su derecho a escoger libremente el fondo pensional y que los asesores comerciales de la AFP brindaron una asesoría integral y completa relacionada a las implicaciones del traslado horizontal, informándole sobre las características del RAIS, diferencia entre uno y otro régimen, ventajas y desventajas, derecho de rentabilidad, derecho de retractación y los requisitos exigidos para acceder a su garantía pensional en el RAIS y el RPMPD.

Como excepciones formuló las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y la de compensación y pago. (Folio 4 a 23 Archivo 16).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 18 de abril de 2023, resolvió:

> *"**PRIMERO**: Declarar la ineficacia de la vinculación del demandante señor LEONEL ANTONIO FORERO VANOY a la sociedad COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, mediante la suscripción de afiliación realizada el 14/04/1998 a dicho fondo y por ende su traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad por no haber cumplido con el deber de información de darle a conocer la información completa, clara, veraz, y oportuna de las ventajas, desventajas y características de los fondos pensionales, especialmente las implicaciones de su traslado de régimen pensional, en consecuencia, se ordena su*

regreso automático sin solución de continuidad al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES como si nunca se hubiera trasladado, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: *CONDENAR a COLPENSIONES a recibir y restablecer la afiliación del demandante señor LEONEL ANTONIO FORERO VANOY al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad conforme a lo expuesto en la parte motiva.*

TERCERO: CONDENAR *a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS hacer la devolución al régimen de prima media administrado por la COLPENSIONES, de todos las sumas recibidas por la afiliación del señor LEONEL ANTONIO FORERO VANOY, correspondientes a cotizaciones, frutos, intereses y bonos pensionales si los hubiere, como lo dispone el artículo 1746 del C.C., incluyendo los rendimientos que se hubieren causados y así mismo a realizar la devolución los gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, con cargo a sus propias utilidades y que se hubieren descontando durante su vinculación, por lo que deberá entregar a Colpensiones los despachos correspondiente al traslado de esas sumas de dinero efectivamente a la demandante, así mismo, la información que permita a COLPENSIONES establecer cuáles fueron los ciclos cotizados, valor de las cotizaciones, rendimientos, interés, frutos, bonos pensionales si los hubiese, y de igual forma, que establezca cuales fueron las sumas descontadas por gastos de administración, primas de seguros previsionales y porcentajes para garantía de pensión mínima. Se le otorga el término de los 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente providencia para esta devolución, de conformidad a la parte motiva.*

CUARTO: *CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que de manera inmediata a la ejecutoria de esta sentencia debe registrar en la historia laboral del demandante, para efectos pensionales, las semanas cotizadas durante su vinculación al RAIS; así mismo, se condena a que una vez ingresen las sumas de dinero provenientes de las AFP COLFONDOS S.A., debe revisar que se haya hecho la devolución de conformidad a lo ordenado en esta sentencia, de conformidad a la parte motiva de esta providencia*

QUINTO: *DECLARAR no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto.*

SEXTO: *CONDENAR en costas de esta instancia a la AFP COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES a favor del demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas e inclúyase como agencias en derecho a cargo de AFP COLFONDOS S.A. la suma de $ 1.100.000 y como agencias enderecho a cargo de COLPENSIONES la suma de $ 350.000.*

SEPTIMO: *De no ser apelada esta providencia, remítase al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta de conformidad art. 69 CPT y S.S. por las condenas impuestas a Colpensiones."*

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* expuso que, según la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la presente controversia debe abordarse desde la institución de las ineficacias y no de las nulidades como lo solicita la activa, por lo tanto, mencionó como sustento normativo de su decisión, los artículos 13, 14, 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, el Decreto 656 de 1994, el Decreto 663 de 1993, el Decreto 2555 de 2010 y la Ley 1458 de 2014.

De la misma forma, hizo alusión a la jurisprudencia emanada por el órgano de cierre de esta jurisdicción, la cual ha señalado, que cuando no hay un traslado de régimen informado lo que procede es su ineficacia, pues el afiliado debe conocer las características de ambos regímenes pensionales, precisando que es el fondo privado quien corre con la carga de la prueba tendiente a demostrar que suministró al afiliado una debida información, lo que no se prueba con la suscripción del formulario de afiliación, ni se reafirma con los diferentes traslados horizontales. En consecuencia, se debe analizar la información suministrada al afiliado al momento de adoptar la decisión de trasladarse.

En el presente caso, refirió que brilló por su ausencia el formulario de afiliación suscrito por el demandante, toda vez que el aportado por la AFP correspondía al de otro afiliado, por lo que se desconocía el documento firmado por el actor, así como lo consignado en el mismo; adicionalmente, estableció que, del interrogatorio de parte practicado al promotor, no se logró determinar que COLFONDOS S.A. le hubiera suministrado información clara, expresa y oportuna.

Así las cosas, declaró la ineficacia del traslado y ordenó el retorno de todas las sumas que reposen en la cuenta de ahorro individual del actor, correspondiente a cotizaciones, frutos, intereses y rendimientos, junto a los gastos de administración, los seguros previsionales, garantía de pensión mínima, sumas que deben ser indexadas al momento de la devolución, declarando no probada la excepción de prescripción y, por ende, las demás formuladas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión, la demandada COLPENSIONES la apeló. Al respecto, manifestó su disenso frente a las condenas y obligaciones impuestas, para lo cual, adujó que el actor tenía pleno conocimiento de su traslado al RAIS, por lo tanto, no era dable alegar la existencia de vicios de consentimiento y la omisión al deber de información. Adicional a ello, expuso que dentro del presente proceso obran los medios de pruebas documentales suficientes para determinar que el traslado de régimen pensional se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, agregando que el asesor del fondo privado le suministró la totalidad de la información referente a los efectos jurídicos que conduciría trasladarse de régimen.

Seguidamente, refirió que no se generó ningún vicio del consentimiento de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 1508 del C.C.; en consideración, afirmó que el demandante siempre fue consciente de la afiliación que realizó, luego, no fue obligado, ni mucho menos, se ejerció presión o fuerza para que se trasladara. En el mismo sentido, explicó que no existe prueba idónea y contundente de la intención dolosa del asesor comercial de trasladarlo de régimen. Adicionalmente, enfatizó que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal para trasladarse de acuerdo a lo establecido en la ley 797 del 2003.

Por último, presentó su inconformidad frente a la decisión de condena en costas, argumentando que la entidad siempre ha actuado conforme al principio de buena fe, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 83 de la C.P.

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*

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, no fue aportado el formulario de afiliación por medio del cual el demandante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS S.A el 14 de abril de 1998, ya que el formulario anexado al plenario correspondía al de otra afiliada, y no al suscrito por el actor. Sin embargo, según el reporte SIAFP, se evidencia que la vinculación realizada por el promotor al RAIS se hizo efectiva el 1º de junio de 1998. (Folios 24 y 25 archivo 16).

Dicho esto, y pese a que no obra el formulario de afiliación inicial, lo cierto es que, si bien ese documento refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acredita que en efecto se haya suministrado la 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 demandante señor LEONEL ANTONIO FORERO VANOY en el interrogatorio de parte a él practicado, expuso que se trasladó de régimen pensional en 1998, con la finalidad de colaborarle a la esposa de su amigo, quien trabajaba como gerente de COLFONDOS S.A. en la sede de Villavicencio, más no porque hubiera recibido información clara, precisa y concisa. Adicional a ello, agregó que una asesora de COLFONDOS S.A. fue quien le ayudó con la suscripción del formulario de vinculación, explicándole que se crearía una cuenta de ahorro individual, así como: los rendimientos financieros, el bono pensional, la oportunidad de mejorar la rentabilidad de su pensión y la posibilidad de pensionarse anticipadamente, además de mencionarle que el ISS iba a desaparecer.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna de parte del actor sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el

formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de COLFONDOS S.A. al momento del traslado del demandante, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual 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 al actor para el año 1998, 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 COLFONDOS 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, 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, señaló 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 la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *"la acción de ineficacia del*

traslado de régimen pensional es imprescriptible […] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".

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

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

> *"Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.*
>
> *"En tal virtud, como en primera instancia la vencida en juicio fue la accionada, en cuanto prosperó la pretensión subsidiaria de pagar la devolución de saldos y a ella se opuso dicha entidad al contestar el libelo inicial, la decisión del Juzgado de condenarla en costas se ajusta a derecho; máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón".*

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

"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).

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

Así las cosas, no erró la *a-quo* al decretar la ineficacia del traslado y ordenar a COLFONDOS S.A. devolver todas las sumas de dinero recibidas en virtud de la afiliación del demandante, no obstante, se evidencia que en la parte resolutiva de la sentencia dictada en audiencia, no quedó consignado que los gastos de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debían retornarse de manera indexada, tal como lo ha sostenido la Alta Corporación, según viene de verse, por lo que se adicionara a la sentencia de primera instancia en tal sentido. En lo demás, habrá de confirmarse la sentencia.

COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente COLPENSIONES.

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 tercero de la sentencia proferida 18 de abril del 2023 por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de precisar que los gastos de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, deben ser indexados al momento de su devolución a COPENSIONES pago por parte de y COLFONDOS S.A., conforme se expuso en la parte considerativa del presente proveído.

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente COLPENSIONES. Se fija como agencias en derecho la suma de $500.000, 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

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 **11 2021 00340 01**
Demandante:	ARISTOTELES RINCON MENDOZA
Demandados:	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de PORVENIR S.A. al abogado DANIEL FELIPE RAMÍREZ SÁNCHEZ, identificado con cédula de ciudadanía 1.070.018.966 y T.P. 373.906 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

Igualmente, se reconocer personería para actuar en representación de COLPENSIONES al abogado ELKIN FABIÁN CASTILLO CRUZ, identificado con cédula de ciudadanía 80.282.676 y T.P. 261.451 del C. S. de la Judicatura.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por parte de la demandada COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 30 de mayo del 2023 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor ARISTÓTELES RINCÓN MENDOZA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., con la finalidad que se declare la ineficacia del traslado que realizó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A. en noviembre de 2005, se declare que siempre ha permanecido en el régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad y se actualice su historia laboral.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES los aportes, junto con sus rendimientos financieros, bonos pensionales y cuotas de administración que fueron descontados durante el tiempo en que permaneció vinculado al RAIS, más lo *ultra y extra petita* y las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 23 de enero de 1966 y se afilió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES donde permaneció del 19 de junio de 1987 hasta el 28 de febrero de 1997, posteriormente se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de PORVENIR S.A. a finales del año 2005, sin que el asesor comercial del fondo le brindara información clara completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales y sin un estudio de su situación particular, únicamente lo ilustró sobre los beneficios que obtendría al cambiarse de régimen.

Asimismo, narro que según proyección efectuada por PORVENIR S.A. no tendría derecho a recibir una pensión de vejez, en cambio en el régimen de prima media su mesada al año 2030 ascendería a $5.763.038, calenda en la que alcanzaría 1303 semanas. Por último, refirió que elevó ante COLPENSIONES reclamación administrativa el 9 de junio de 2021, la cual emitió respuesta negativa a su solicitud. (f. 1 a 9 archivo 02).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES al contestar la demanda se opuso a las pretensiones elevadas en el *petitum*, argumentando que no obra prueba alguna en el plenario que permita inferir que el fondo privado hizo incurrir en error al demandante, o que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento, tampoco que haya presentado inconformidad sobre su traslado de régimen, por el contrario, de las documentales que obran en el expediente se advierte que el traslado se encuentra sujeto a derecho y que se realizó de manera libre y voluntaria, sin observaciones sobre presiones indebidas, igualmente adujo que en el presente caso no se cumplen las condiciones de la sentencia SU-062 de 2010, para que opere el traslado de régimen en cualquier momento, añadiendo que el gestor está incurso en la prohibición legal de traslado.

Formuló como medios exceptivos los que denominó como 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 administradora de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (f. 2 a 38 archivo 10).

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones elevadas en el libelo demandatorio, refiriendo que el traslado de régimen del demandante al RAIS fue completamente válido, ya que estuvo precedido de una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, motivo por el cual es improcedente declarar un error de hecho, cuando en realidad lo que se alega es un error de derecho frente a condiciones que están determinadas en la normatividad que es público conocimiento, sin que además se aporte prueba alguna que permita determinar que el traslado se dio bajo algún vicio del consentimiento que dé lugar a la nulidad del traslado, por ende, no es dable retrotraer la afiliación efectuada al RAIS.

Como excepciones de fondo propuso las 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. (f. 2 a 32 archivo 09).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, en sentencia proferida el 30 de mayo de 2023, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado del régimen pensional efectuado el primero (01) de septiembre del año 2005 por parte del señor ARISTOTELES RINCON MENDOZA, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR SA.*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR a la administradora PORVENIR SA a devolver a COLPENSIONES la totalidad de las sumas que hubiese recibido como producto de las cotizaciones obligatorias realizadas por el demandante durante su permanencia en dicha administradora del RAIS, es decir, el 100% de las cotizaciones obligatorias con sus respectivos rendimientos financieros, incluyendo además en dicha devolución los porcentajes destinados a gastos de administración (comisiones de administración, pago de prima de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivientes y en caso de haberse realizado, el pago de primas de FOGAFÍN) y fondo de garantía de pensión mínima.*
>
> *TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a reactivar de manera inmediata la afiliación del demandante ARISTOTELES RINCON MENDOZA al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad. Además, a recibir la devolución de los dineros ordenados en este proveído y a computar las semanas cotizadas por el actor en el RAIS en su historia laboral.*
>
> *CUARTO: Las excepciones propuestas se declaran imprósperas. QUINTO: CONDENAR en COSTAS a la AFP PORVENIR SA incluyendo como agencias en derecho en favor del demandante la suma de 2 SMLMV.*
>
> *SEXTO: CONCEDER el Grado Jurisdiccional de Consulta ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, de conformidad con lo indicado en el artículo14 de la Ley 1149 de 2007."*

Para arribar a dicha conclusión, el fallador de instancia hizo alusión a los artículos 13, 60 y 114 de la Ley 100 de 1993 y 10, 12 y 15 del Decreto 720 de 1994, los cuales aluden que el traslado de régimen deben partir de la cabal y plena información del posible afiliado a efectos de tomar una decisión responsable, además, refirió que el órgano de cierre de esta especialidad en casos como el presente había abandonado el criterio de la nulidad del traslado, para abordarlo desde la óptica de las ineficacias.

De otro lado, sostuvo que conforme lo ha venido exponiendo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de tiempo atrás, es obligación

de los fondos de pensiones suministrar la debida información a sus potenciales afiliados desde el momento en que se efectúa un traslado o cabio del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, en el entendido que permita un traslado libre y voluntario, en tanto, tal actuar puede trazar el futuro pensional del afiliado, y de no darse tales presupuestos se configura la ineficacia del traslado, deber que ha surgido desde el nacimiento de los fondos de pensiones, lo cual no se acredita con la simple suscripción del formulario de afiliación, estando en cabeza de las AFP la carga de la prueba en estos casos, y que además la ineficacia del traslado aplica a todo tipo de afiliados.

Por tal razón, concluyó que la AFP PORVENIR no demostró el cumplimiento de ese deber de información y buen consejo para con el demandante, carga probatoria que estaba a su cargo, máxime si se tiene en cuenta que el demandante no confesó haber recibido información pormenorizada sobre las características y diferencias de ambos regímenes pensionales, sin que el formulario de afiliación acredite la debida información. En esa medida, declaró la ineficacia del traslado de régimen del actor y la consecuente devolución de las sumas producto de dicho retorno, además, declaró no probada la excepción de prescripción y ordenó la devolución de los emolumentos que ello conlleva.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión, la demandada COLPENSIONES la apeló. Al respecto, expuso que para la fecha del traslado no se exigía otro requisito diferente al formulario de afiliación el cual constata la manifestación libre y voluntaria del afiliado de pertenecer a un régimen, lo cual se probó en el presente asunto, sin que para esa calenda estuvieran vigentes las normas que dieron lugar a la doble asesoría, de modo que no es posible imponer cargas diferentes a las administradoras pues ello desvirtúa el principio de confianza legítima, legalidad, debido proceso y vulnera el principio de la relatividad jurídica, dado que se trata de un tercero de buena fe que no puede ser afectado con la decisión de instancia, dado que no es posible imponer cargas diferentes a las preexistentes.

Destaco que también debe tenerse en cuenta que el actor está incurso en la prohibición legal de traslado y se vulnera el principio de sostenibilidad financiera. En otro giro, refirió que en caso de confirmase la sentencia de instancia, solicita que condicione su cumplimiento al reintegro de todos los emolumentos que obran en la cuenta de ahorros del actor por parte del fondo de pensiones privado, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, seguros previsionales y cuotas del fondo de garantía de pensión mínima.

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.

Ahora, previo a avanzar con el estudio del caso que concita la atención de la Sala, conviene precisar en este punto, que tal como lo concluyó el fallador de instancia el presente asunto debe ser analizado bajo la institución de las ineficacias y no del régimen de las nulidades, tal como lo indicó la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, entre otras, en sentencia SL1859-2022, con Radicación No. 90488 de 16 de mayo de 2022, en la que expuso; *"El examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, según las sentencias CSJ SL1688-2019; CSJ SL1689-2019; CSJ SL3464-2019 y CSJ SL1465-2021, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas de retornar las situaciones a su estado inicial, conforme lo indica el artículo 1746 del CC, como también se orientó en los fallos CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1421-2019, el primero reiterado en los CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019".* Dicho esto, es diáfano que no se ahondará en los argumentos expuestos por COLPENSIONES en su apelación, respecto a las particularidades de las nulidades.

Retomando, 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, o si se trasladó de manera horizontal, o si se está a menos de diez años para la edad de pensión, pues son hechos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuó el actor el 1º de septiembre de 2005 a la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad, PORVENIR S.A., vinculación que se hizo efectiva a partir del 1º de noviembre 2005, como se observa de la certificación del SIAFP (f. 33 y 105 archivo 09). Formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acredita que en efecto se haya suministrado la 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".*

De otro lado, se recibió el interrogatorio de parte del demandante ARISTÓTELES RINCÓN MENDOZA, quien expuso que su traslado a PORVENIR se dio en el año 2005, cuando fue enviado a laborar en la ESE del Meta a través de la sociedad CONTRATEMOS, precisando que en ese lugar se encontraba la asesora de dicho fondo, quien le aseveró que el ISS sería liquidado, y que en la AFP privada se podría pensionar de manera anticipada y con una mesada superior o igual a la que recibiría en el ISS, de esa forma, suscribió de manera voluntaria el formulario de afiliación confiando en la información que le proporcionó la asesora.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, no obra prueba alguna que advierta una debida información de PORVENIR S.A. al momento del traslado del demandante, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, siendo evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo que 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 al actor para el año 2005, 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 al momento del traslado de régimen del promotor.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, respecto a los cuales COLPENSIONES hace alusión en su alzada, cumple memorar 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 COLFONDOSS.A. Deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales".*

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los

gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

Respecto a la posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado, al que igualmente alude COLPENSIONES en la apelación, se hace imperioso traer a colación lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, en la que indicó 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 dejo 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 la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

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

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 SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

> *"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).*
>
> *"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.*

Así las cosas, debe precisar la Sala que no existe yerro alguno en la decisión adoptada por el fallador de instancia, referente a la declaratoria de la ineficacia del traslado del actor y las condenas impuestas. Sin embargo, habrá de adicionarse el numeral segundo de la sentencia de instancia, en el sentido de condenar a la demandada PORVENIR S.A. a devolver debidamente indexado lo correspondiente a gastos de administración, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y seguros previsionales. Confírmese en lo demás la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

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 el 30 de mayo de 2023 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES debidamente indexados los gastos de administración, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y los seguros previsionales.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás de sentencia de instancia, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de 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 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 12 2015 00873 01**
Demandante:	DORA ESPERANZA SIERRA CASTEBLANCO
Demandado:	POSITIVA S.A. y EDILMA CASTIBLANCO MORENO
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el presente asunto en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante señora DORA ESPERANZA SIERRA CASTEBLANCO de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., como quiera que la sentencia proferida el 24 de noviembre de 2022 fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora DORA ESPERANZA SIERRA CASTEBLANCO promovió demanda ordinaria laboral en contra de POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. y EDILMA CASTIBLANCO ROMERO.

Lo anterior, con la finalidad de declararse que la señora EDILMA CASTEBLANCO ROMERO no es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes ante el fallecimiento del señor GONZALO LÓPEZ BUITRAGO (q.e.p.d.), siendo las únicas beneficiarias las hijas de este último de nombres YENNY PATRICIA LÓPEZ SIERRA, ANA SOFÍA LÓPEZ CASTIBLANCO y LAURA VALENTINA LÓPEZ CASTIBLANCO.

Por consiguiente, se condene a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. al pago de la pensión de sobrevivientes únicamente a las hijas del causante de nombres YENNY PATRICIA LÓPEZ SIERRA, ANA SOFÍA LÓPEZ CASTEBLANCO y LAURA VALENTINA LÓPEZ CASTEBLANCO.

Asimismo, se condene a la señora EDILMA CASTIBLANCO ROMERO devolver la porción de la mesada pensional desde el 29 de septiembre de 2014 a favor de YENNY PATRICIA LEÓN LÓPEZ, así como el pago de costas procesas respecto de ambas demandadas.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que el señor GONZALO LÓPEZ BUITRAGO (q.e.p.d.), laboraba al servicio de la empresa CARBONERA ANDINO S.A., quien falleció con ocasión de un accidente de trabajo el 29 de septiembre de 2014, momento para el cual se encontraba afiliado en riesgos laborales ante la encartada POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.

Refirió que el causante dejó como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes a sus hijas YENNY PATRICIA LÓPEZ SIERRA, ANA SOFÍA LÓPEZ CASTIBLANCO y LAURA VALENTINA LÓPEZ CASTIBLANCO, a quien POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. les reconoció el derecho pensional.

Indicó que la señora EDILMA CASTIBLANCO MORENO solicitó ante POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. la pensión de sobrevivientes en su calidad de compañera permanente del causante, prestación que también le fue reconocida.

Expuso que la señora EDILMA CASTEBLANCO MORENO no convivió con el causante en los últimos 5 años anteriores a su fallecimiento, toda vez que este convivió con sus padres desde el año 2007 hasta la fecha del deceso.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. contestó la demanda indicando que tanto a la señora EDILMA CASTIBLANCO ROMERO en calidad de compañera permanente del causante y a las hijas de este YENNY PATRICIA LÓPEZ SIERRA, ANA SOFÍA LÓPEZ CASTIBLANCO y LAURA VALENTINA LÓPEZ CASTIBLANCO, le fue reconocida pensión de sobrevivientes. Adicionalmente refirió que, en todo caso, si dentro del asunto de marras se demuestra que la señora EDILMA CASTIBLANCO ROMERO no es beneficiaria de la prestación, se procederá con el respectivo reajuste de las personas restantes.

Propuso las excepciones de buena fe e inexistencia de responsabilidad y la genérica o innominada.

La demandante EDILMA CASTIBLANCO ROMERO contestó la demanda por intermedio de curador *ad litem*, quien sostuvo que la señora EDILMA acreditó los requisitos legales para acceder a la pensión de sobrevivientes que venía percibiendo el causante señor GONZALO LÓPEZ BUITRAGO (q.e.p.d.).

Formuló el medio exceptivo de prescripción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 24 de noviembre de 2022, absolvió a las demandadas de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia indicó en primer lugar que POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. otorgó pensión de sobrevivientes de origen profesional a causa del fallecimiento del señor GONZALO LÓPEZ BUITRAGO, a la señora EDILMA CASTIBLANCO ROMERO y a las menores YENNY PATRICIA LÓPEZ SIERRA, ANA SOFÍA LÓPEZ CASTIBLANCO y LAURA VALENTINA LÓPEZ CASTIBLANCO, a partir del 29 de septiembre de 2014 en cuantía de $1.106.555.

Seguidamente, arguyó que de las probanzas acreditadas al plenario por la señora DORA ESPERANZA SIERRA CASTEBLANCO, no lograron demostrar la presunta carencia de los requisitos legales para que la demandada señora EDILMA CASTIBLANCO ROMERO en calidad de compañera permanente del causante no fuera beneficiaria de la prestación que le reconociera POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., carga probatoria que se encontraba en su responsabilidad al tenor de lo consagrado en el artículo 167 del C.G.P.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Como quiera que la decisión de primera instancia fue adversa a las pretensiones de la señora DORA ESPERANZA SIERRA CASTEBLANCO, el presente asunto se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con lo establecido en el artículo 65 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 en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar si la aquí demandada EDILMA CASTIBLANCO ROMERO le asiste derecho a la pensión de sobrevivientes a razón del fallecimiento del señor GONZALO LÓPEZ BUITRAGO (q.e.p.d.).

En caso de no ser así, deberá determinarse si la prestación debe pagarse a las menores hijas del causante YENNY PATRICIA LÓPEZ SIERRA, ANA SOFÍA LÓPEZ CASTIBLANCO y LAURA VALENTINA LÓPEZ CASTIBLANCO, quienes en la

actualidad la devengan, junto con el reintegro por parte de la referida señora EDILMA CASTEBLANCO ROMERO a la menor YENYPATRICIA LÓPEZ SIERRA, la porción de las mesadas cobradas desde el 29 de septiembre de 2014 hasta la actualidad.

c. De la calidad de afiliado del causante:

Previo a abordar el fundamento del asunto *sub examine*, sea lo primero indicar que no fue objeto de reproche que la encartada POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. determinó que el causante señor GONZALO LÓPEZ BUITRAGO (q.e.p.d.), dejó causados los requisitos pensionales para ostentar una pensión de sobrevivientes; tan es así que, reconoció dicha prestación a la señora EDILMA CASTIBLANCO ROMERO en calidad de compañera permanente del fallecido, así como a YENY PATRICIA LÓPEZ SIERRA. ANA SOFÍA LÓPEZ CASTIBLANCO y LAURA VALENTINA LÓPEZ CASTIBLANCO como hijas del también fallecido, a partir del 29 de septiembre de 2014 en cuantía de $1.106.555, prueba de ello lo son los escritos generados 22 de diciembre de 2014 y el 16 de febrero de 2015 respectivamente (Fls. 43 a 44, 247 a 248 y 264 – PDF 09 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO POSITIVA).

Tampoco el hecho que el señor GONZALO LÓPEZ BUITRAGO falleció el 29 de septiembre de 2014 según se aprecia del Registro Civil de Defunción (Fl. 182 - – PDF 09 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO POSITIVA).

En tal sentido, y al haberse determinado que el señor GONZALO LÓPEZ BUITRAGO falleció el 29 de septiembre de 2014, las normas llamadas a gobernar la presente controversia son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, los cuales disponen para el caso de la señora EDILMA CASTIBLANCO ROMERO en calidad de compañera permanente lo siguiente:

> *"ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:*

"[…]

"2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:"

"ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.

"Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

"a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

c) <Apartes tachados INEXEQUIBLES> Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes ~~***y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno***~~*; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante,* ~~***esto es, que no tienen ingresos adicionales***~~*, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;"*

Verificada la anterior precisión, le resta a la Sala por establecer si la demandante tiene la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes del causante. Para tal fin, resulta indispensable tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 797 del 2003 y entrar a precisar la línea jurisprudencial que sobre la exégesis de esta norma existe.

Así debe acotarse frente al requisito de convivencia, que se ha señalado que el mismo resultaría exigible al cónyuge y/o compañero permanente, indistintamente de si se trata de muerte de afiliado o de pensionado, postura que mantuvo la Corte Suprema de Justicia hasta el año 2020, a través de innumerables pronunciamientos, como SL-793 del 13 de noviembre del 2013, Radicación No.

47031, SL-14068 del 27 de abril del 2016, Radicación No. 49692, SL- 1399 del 25 de abril del 2018, Radicación No. 45779, SL-3468 del 22 de agosto del 2018, Radicación No. 62766 y SL- 347 del 13 de febrero del 2019.

Sin embargo, tal postura fue modificada en la sentencia SL- 1730 del 3 de junio del 2020. No de Rad.77327, en la cual la Corte Suprema de Justicia recogió el criterio imperante hasta ese momento y precisó, que acorde a un nuevo análisis de la norma, realizado de cara a la nueva composición de la Sala, se logró determinar que el requisito de cinco (5) años de convivencia tan solo resultaba exigible en los casos en que se discutiera la pensión de sobrevivientes del pensionado, más no para el caso de los afiliados. Tesis a la cual arribó, tras las siguientes disquisiciones:

> "*Para la Sala, dada la nueva revisión del alcance de la norma acusada, las anteriores consideraciones deben permanecer incólumes, ante lo expuesto por la misma Corte Constitucional en la sentencia CC C-336-2014, aducida por la censura, en la que tangencialmente equiparó el requisito de convivencia mínima, en el caso de afiliado y pensionado, y acto seguido citó la sentencia CC C-1176-2001 y la anteriormente referida, en cuanto al límite temporal exigido a los beneficiarios del pensionado y su legítimo fin; empero, el análisis de constitucionalidad efectuado se encontraba dirigido en esa oportunidad, a otros supuestos contenidos en la norma, esto es, el aparte final del último inciso del literal b) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, por lo que no tiene la virtualidad de modificar lo considerado en la sentencia CC C-1094-2003, además de no constituir el objeto de este recurso.*
>
> *"Y es que, de la redacción del precepto legal, se itera, el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, se advierte con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida, se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado; una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que, no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador en la norma acusada, así:*
>
> *"Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*
>
> *"a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad.* ***En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado****, el*

cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte; (subraya y negrilla fuera de texto)

"Adicionalmente, en la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003, cuando se procedió a la sustentación de los preceptos del proyecto de ley, en lo concerniente al artículo 17 «BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES», se precisó que "Se regulan los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes estableciendo uniformidad entre los regímenes de prima media y de ahorro individual con solidaridad. ***Adicionalmente se establece que el cónyuge o compañero permanente debe haber convivido con el pensionado por lo menos cuatro años antes de fallecimiento con el fin de evitar fraudes****" (subraya y negrilla fuera de texto).*

"Desde la expedición de la Ley 100 de 1993, ha sido clara la intención del legislador al establecer una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de ***afiliados*** *al sistema no pensionados, y la de* ***pensionados****, esto es, la conocida como sustitución pensional, previendo como requisito tan solo en este último caso, un tiempo mínimo de convivencia, procurando con ello evitar conductas fraudulentas, «convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes», por la muerte de quien venía disfrutando de una pensión.*

"La evidente y contundente distinción efectuada por el legislador en el precepto que se analiza, comporta una legítima finalidad, que perfectamente se acompasa con la principal de la institución que regula, la protección del núcleo familiar del asegurado o asegurada que fallece, que puede verse afectado por la ausencia de la contribución económica que aquel o aquella proporcionaba, bajo el entendido de la ayuda y soporte mutuo que está presente en la familia, que ya sea constituida por vínculos naturales o jurídicos, que en todas sus modalidades se encuentra constitucionalmente protegida, como núcleo esencial de la sociedad (art. 42 CN).

"En este punto resulta necesario precisar, que conforme al análisis hasta aquí efectuado, de lo dispuesto en el ***literal a)*** *del art. 13 de la Ley 797 de 2003,* ***para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida****, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la*

devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación." (Negrilla fuera de texto)

De lo expuesto, se sigue que la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, tras aplicar los métodos de interpretación teleológicos y textuales, esto es, acorde la interpretación del legislador, así como la literalidad de la norma, a más de recabar en el propio criterio expuesto por la Corte Constitucional en las sentencias C-336 del 2014 y C-1176 del 2001, cuyos apartes se citan dentro de la *ratio decidendi* de la sentencia, concluye que para acceder a la pensión de sobrevivientes por muerte del afiliado, basta acreditar la *"condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida"*.

Ahora bien, mediante sentencia SL-1730 del 3 de junio del 2020, se dejó sin valor ni efecto por parte de la Corte Constitucional en la sentencia SU-149 del 2021; sin embargo, tal supuesto no implica que exista a la fecha un cambio de postura por parte de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, pues de hecho existen diversas sentencias posteriores a la reseñada, en la que se mantuvo incólume la referida postura, tal como la sentencia SL-362 del 10 de febrero del 2021, Radicación No. 86239, en la cual se puntualizó:

"*En relación con el asunto controvertido, doctrina reiterada de la Corte, verbigracia, la vertida en sentencias SL 41637 de 2012 – SL 45038 de 2012, sostiene que la protección introducida por el último inciso del literal b) del artículo 1 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, está orientada a la protección del vínculo matrimonial, pues lo que le permite al cónyuge acceder a la prestación es «la vigencia o subsistencia del vínculo matrimonial», sin que sean relevante para la adquisición de la pensión, figuras como «la separación de bienes o la disolución y liquidación de la sociedad conyugal»; así lo precisó la Sala en sentencia SL 1399 de 2018: (…)*

"Al respecto, cabe decir que la Corte ha señalado que la norma no entraña trato discriminatorio frente a la compañera permanente. Así lo explicó, en lo pertinente respecto del pensionado, en sentencia SL 1399 de 2018:

"[…]

> ***"Finalmente, en esta oportunidad corresponde a la Sala precisar que la lectura de las anteriores citas jurisprudenciales, relativas a la connotación del vínculo matrimonial para efecto del derecho pensional del cónyuge separado de hecho, debe acompasarse con la sentencia CSJ SL 1730-2020, bajo el entendido de que la convivencia mínima de cinco (5) años, en el supuesto previsto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, solo es exigible en caso de muerte del pensionado."*** *(Negrillas fuera de texto).*

Una vez determinado lo anterior, debe acotarse que las pretensiones de la demanda no tienen vocación de prosperidad al no acreditarse que la beneficiaria no haya cumplido el requisito alegado.

Así, confrontado el caudal probatorio acreditado al plenario, especialmente el aportado por POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., se aprecia que para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la señora EDILMA CASTIBLANCO ROMERO, como compañera permanente del causante señor GONZÁLO LÓPEZ BUITRAGO, la misma allegó a la administradora pensional declaraciones extraproceso que rindieran las señoras ANA VICTORIA CASTIBLANCO ROMERO y FRANCY LULIANA RODRÍGUEZ CASTIBLANCO ante la Notaría Primera del Circulo de Bogotá el 10 de octubre de 2014 (Fls. 150 a 151 – PDF 09 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO POSITIVA).

Dichas declarantes fueron contestes en señalar que conocen a la señora EDILMA CASTIBLANCO ROMERO desde hace 28 y 29 años respectivamente, persona quien convivía con el fallecido señor GONZALO LÓPEZ BUITRAGO en unión libre hasta el fallecimiento de este, quienes como pareja procrearon 2 hijas, al igual que por fuera de dicha unión existía una hija del causante de nombre YENNI PATRICIA LÓPEZ SIERRA.

Asimismo, en sus declaraciones expusieron constarles que tanto las hijas del causante como la señora EDILMA CASTIBLANCO ROMERO dependían total y económicamente del causante, aspecto que se acompasa con lo expuesto por la misma EDILMACASTIBLANCO ROMERO en el interrogatorio de parte practicado, quien sostuvo que en efecto como pareja del fallecido procreó 2 hijas,

participando en todo momento como una pareja entrañable, sin que haya realizado confesión alguna en cuanto a que no convivía en calidad de compañera permanente.

Así las cosas, la Sala puede colegir que en efecto la demandada señora EDILMA CASTIBLANCO ROMERO en calidad de compañera permanente del causante, acreditó a la fecha del deceso, esto es, 29 de septiembre de 2014, una convivencia como pareja entrañable y efectiva al momento de la muerte según postulados dela Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de allí que la encartada POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. le hubiese reconocido el requisito pensional.

Ahora bien, en lo que concierne a lo expuesto por la demandante señora DORA ESPERANA SIERRA CASTEBLANCO, para la Sala tanto de las probanzas acreditadas al plenario como las actuaciones procesales llevadas a cabo en primera instancia, denotan una orfandad probatoria a fin de demostrar la falta de requisitos legales para el otorgamiento de la pensión a la señora EDILMA CASTIBLANCO ROMERO que POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. le efectuó, toda vez que, si bien allegaron escritos suscritos por las personas ANA OFELIA ROJAS, ALBERTO LORENZO HERNÁNDEZ SIERRA, HENRY LÓPEZ CASTELLANOS y MARÍA YOLANDA BUITRAGO GIL, últimos quienes son padres del causante como da cuenta el Registro Civil de Defunción (Fls. 37 a 38 – PDF 01 DEMANDA Y ANEXOS), tales documentos en nada infieren de connotación valorativa dentro del proceso, en la medida que ni si quiera fueron declaraciones extraproceso rendidas ante autoridad competente, de lo que se entienden como meras expresiones de las que no se les puede asignar credibilidad de certeza sobre la convivencia objeto de debate, máxime si se tiene en cuenta que el extremo accionante solicitó en el escrito demandatorio que esas personas comparecieran en calidad de testigos, sin que rindieran declaración.

Así las cosas, la sentencia de primera instancia habrá de confirmarse en su integridad.

SIN COSTAS en esta instancia por cuanto el asunto se estudia en sede 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: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 24 de noviembre de 2022 por el Juzgado Doce 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 por considerar que no se causaron.

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 **14 2020 00445 01**
Demandante:	ARLEY EDUARDO LAITON MARTÍNEZ
Demandado:	COLPENSIONES
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se acepta la renuncia de poder presentado por la abogada de COLPENSIONES, MARÍA LUCÍA LACERNA ANGARITA, identificada con cédula de ciudadanía 52.847.581 y T.P. 129.481 del C. S. de la Judicatura, ello de conformidad con lo establecido en el artículo 76 del C.G.P.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 21 de noviembre de 2022 por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor ARLEY EDUARDO LAITON MARTÍNEZ, formuló demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con la finalidad que se declare que sostuvo vinculado laboralmente con la demandada desde el 21 de febrero de 2013 y el 26 de mayo de 2019.

Como consecuencia de la anterior declaración, pretende se condene a la enjuiciada a reconocer y pagar el salario correspondiente al cargo de Analista grado 4, código 420 por todo el tiempo de servicio laborado; y, en consecuencia, se reajuste el salario causado por dicho periodo, se paguen las primas de navidad y vacaciones, y se reajusten las cesantías generadas por todo el tiempo laborado. Asimismo, se condene a pagar la reliquidación de la indemnización por despido sin justa causa teniendo en cuenta los extremos reales de la relación laboral y la tabla indemnizatoria contenida en el contrato de trabajo que suscribió con la pasiva, se solucione la indemnización moratoria, y en caso de no acceder a esta pretensión se disponga la indexación de los derechos reclamados, finalmente, solicita se condene al pago de costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, comenzó por explicar que COLPENSIONES es una Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden nacional, en la que sus servidores por regla general son trabajadores oficiales según el Decreto Ley 1151 de 2007 y Acuerdo 106 del 2017 aprobatorio de sus estatutos.

Seguidamente, relató que prestó sus servicios personales a COLPENSIONES entre el 21 de febrero de 2013 y el 13 de enero de 2018, a través de distintas empresas de servicios temporales, así:

No.	ETS	INICIO	FIN	SALARIO
1	SERVIOLA	21/02/2013	15/05/2013	1.270.949
2	ACTIVOS	16/05/2013	20/01/2014	1.270.949
3	ACTIVOS	21/01/2014	25/06/2014	1.295.605
4	COLTEMPORA	26/06/2014	10/12/2014	1.295.605
5	COLTEMPORA	11/12/2014	31/03/2015	1.295.605
6	ACTIVOS	1/04/2015	30/01/2016	1.411.377
7	ACTIVOS	1/02/2016	31/01/2017	
8	MISIÓN TEMPORAL	1/02/2017	11/01/2018	

A su vez, señaló que los contratos de trabajo fueron suscritos bajo la modalidad de duración de la obra o labor contratada, como trabajador en misión. De otro lado, sostuvo que el 13 de enero de 2018 renunció al contrato de trabajo que mantenía con MISIÓN TEMPORAL, vinculándose directamente mediante contrato de trabajo con COLPENSIONES, a partir del 15 de enero de 2018, desempeñando

el cargo de analista código 420, grado 04, devengado como salario la suma de $3.402.720.

Así mismo, dijo que COLPENSIONES extralimitó la facultad de contratación a través de empresas de servicios temporales, ya que usó esa figura por un término superior al legalmente autorizado y sin cumplir las causas legales que habilitan ese tipo de contratación de trabajadores en misión, siendo las temporales simples intermediarias, ya que su vinculación laboral se dio realmente con COLPENSIONES la cual ha ejercido el poder subordinante, pues le ha asignado funciones y ha controlado su cumplimiento, impuso el horario de trabajo, le impartió órdenes, le asignó su lugar de trabajo y le proporcionó los elementos para el desarrollo de sus actividades asignadas, sin que le fuese permitido delegar sus funciones, valerse de terceros para ejercerlas, le ha exigido presentar informes de sus actividades y es la que le ha otorgado permisos.

Añadió que sus funciones desde el inicio de su vinculación con COLPENSIONES, según certificación expedida el 10 de febrero de 2018 por MISIÓN TEMPORAL, consistieron entre otros en, atender peticiones, quejas y reclamos, derechos de petición y acciones de tutela interpuestas por ciudadanos que buscaban corregir su historia laboral, funciones que están relacionadas con el objeto misional de la entidad accionada y que se relacionan con el cargo de Analista, código 420, grado 04 el cual devenga un salario básico de $3.402.720. Igualmente, precisó que las condiciones bajo las cuales le prestó sus servicios personales a COLPENSIONES fueron las mismas de los trabajadores oficiales vinculados a la planta de cargos de la entidad.

Enfatizó que COLPENSIONES el 26 de mayo de 2019 decidió dar por terminado el contrato de trabajo del demandante de manera unilateral y sin justa causa y que el contrato de trabajo que celebraron establece como indemnización por despido sin justa causa una tabla, la cual relaciona en los hechos de la demanda, por lo que le fue reconocida una indemnización por ese concepto en cuantía de $3.402.720, en la que solo se tuvo en cuenta el periodo que permaneció contratado directamente con la demandada.

En otro giro, expuso que los trabajadores oficiales al servicio de COLPENSIONES se les reconoce i) una prima de navidad equivalente a 30 días de salario por año;

ii) una prima de vacaciones equivalente a 15 días de salario por año, las que no le fueron reconocidas durante el tiempo en que estuvo vinculada a través de las empresas de servicios temporales, y que tales primas tienen carácter salarial, por ende, son tenidas en cuenta para liquidar cesantías. Finalmente, indicó que el 2 de agosto de 2019 solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento de los derechos que pretende judicialmente. (archivo 04).

1.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, arguyendo que no existió un vínculo laboral, ni de ninguna otra naturaleza con el actor entre el 21 de febrero de 2013 y el 11 de enero de 2018. Por el contrario, de los hechos y las pruebas que reposan en el informativo se puede extraer que el gestor prestó sus servicios en misión para esa entidad a fin de atender diferentes requerimientos dentro de los límites de causalidad y temporalidad previstos en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, requerimientos que obedecen a órdenes impartidas por la Corte Constitucional desde 2013, calenda en la que declaró el estado de cosas inconstitucionales, y mediante varias providencias, ordenó a la entidad tomar las medidas necesarias para asegurar que el presupuesto, el personal y la infraestructura suficiente para cumplir con el plan de acción a fin de corregir el atraso estructural del régimen de prima media y las metas fijadas a 31 de diciembre de 2013.

Igualmente, señaló que los requerimientos desempeñados por el actor en calidad de trabajador en misión no fueron iguales a las funciones que desarrolló en calidad de trabajador oficial, por lo que no proceden las demás pretensiones de la demanda.

Formuló las excepciones de fondo de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, buena fe, cumplimiento de las ordenes de la Corte Constitucional y prescripción. (archivo 12).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 21 de noviembre de 2022, absolvió a la demandada de las pretensiones elevadas en su contra y condenó en costas al demandante.

Para arribar a dicha conclusión, la Juez de primer grado mencionó el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, que establece los casos en los que se puede hacer uso de las empresas de servicios temporales, enfatizando que COLPENSIONES había acreditado uno de los presupuestos de la norma en cita, el cual aludía al incrementos en la producción, esto con ocasión de las órdenes impartidas por la Corte Constitucional para corregir el atraso estructural del régimen de prima media y las metas fijadas a 31 de diciembre de 2013.

A continuación, expuso que de acuerdo con las certificaciones expedidas por las Empresas de Servicios Temporales que obran en el plenario, encontró que el demandante prestó servicios, así:

No.	ETS	INICIO	FIN
1	SERVIOLA	21/02/2013	15/05/2013
2	ACTIVOS	16/05/2013	20/01/2014
3	ACTIVOS	21/01/2014	25/06/2014
4	COLTEMPORA	26/06/2014	10/12/2014
5	COLTEMPORA	11/12/2014	31/03/2015
6	ACTIVOS	1/04/2015	30/01/2016
7	ACTIVOS	1/02/2016	31/01/2017
8	MISIÓN TEMPORAL	1/02/2017	11/01/2018

Destacando que, si bien en algunos casos no se excedió el plazo de seis meses, prorrogables por otros seis que señala el precepto legal ya referido, también lo era que en el caso de ACTIVOS si excedía dicho término.

Sin embargo, dijo que no podía obviarse lo dispuesto en el Auto 110 de 2013 emitido por la Corte Constitucional, a través del cual ordenó a la pasiva corregir el atraso estructural de la entidad y el régimen de prima media que administra, para lo cual debió contratar personal para tal fin a través de las E.T.S., enfatizando que dicho proveído declaró el estado de cosas que inconstitucional y concedió plazo para corregir tales falencias hasta el 31 de diciembre de 2013, el cual se prorrogó a través de Autos 320 de 2013, 259 de 2014, sentencia T-774 de 2015 y Auto 096 de 2017. En ese sentido, al efectuarse seguimiento al avance de la entidad se debió incrementarse la planta de personal y solo luego de estudios

técnicos se dio viabilidad al incremento de la planta de personal de trabajadores oficiales de la pasiva, lo que se concretó en 2019, precisando que, pese a ello, el demandante fue contratado con la encartada desde 2018.

A su vez, adujo que testigo ALBERTO BEDOYA, quien labora en Recursos de Humanos de la demandada, dio cuenta del incremento en los tramites de la entidad, siendo necesaria la contratación de personal a través de EST, del 5 de junio de 2013 al 18 de diciembre de 2015. De esa forma, si bien se extendió el plazo concedido para llevar a cabo tal contratación, esa situación se encuentra justificada en la imposibilidad de superar de manera inmediata el hecho imprevisible de la incrementar el personal, por lo que no hay lugar a declarar la existencia de un vínculo directo entre el actor y la demandada, lo que se acompasa con lo decidió por esta Corporación en caso similar.

Concluyendo, que si bien no existía duda que el actor presto servicios a la demandada, cumpliendo funciones del régimen de prima media como lo corroboraron los testigos HEIDI GUERRERO y JEISSON JURADO, no podía obviarse que la motivación de COLPENSIONES para contratar personal a través de las E.T.S., no fue con la intención de ocultar una verdadera relación laboral, si no dar cumplimientos a las órdenes de la Corte Constitucional para superar el atraso de la entidad, lo que conllevó a la absolución de las pretensiones de la demanda a la encartada.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión, la parte demandante la apeló. Adujo que las funciones del actor además de ser del giro ordinario de la entidad eran permanentes, igualmente la entidad excedió el límite temporal que establece la Ley 50 de 1990 para contratar personal para atender esa clase de contingencias, agregando que si bien eran entendibles las razones de la accionada para llevar a cabo esa contratación, no es menos cierto que la Corte Constitucional no dio aval para contratar el personal y exceder los límites temporales establecidos para las Empresas de Servicios Temporales, debiendo contratar directamente el personal a través de contratos de trabajo.

Enfatizó que las laborares del actor consistían en contestar peticiones, quejas, reclamos, acciones de tutela y manejar las historias laborales, funciones que eran de carácter permanente en la entidad, lo cual corroboran las pruebas documentales y los testimonios recaudados. Reiterando, que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte suprema de Justicia prohíbe el tipo de contratación que aquí se debate, siendo palmario que en el presente caso se excedió el término de seis meses, prorrogable por otro periodo igual, dado que la relación laboral del gestor se mantuvo entre 2013 y 2019, por lo que solicita se revoque la sentencia de instancia y se condene al pago de las pretensiones elevadas en la demanda, junto con la indemnización por despido sin justa causa y la sanción moratoria; argumentos que encuentran sustento en las sentencias T284 de 2019 y la SL2114 de 2022.

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 en la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala por metodología en la resolución del caso que nos ocupa y atendiendo el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, se auscultará en primer lugar, i) si le era permitido a la demandada exceder los plazos establecidos en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 para contratar personal por medio de Empresas de Servicios Temporales, y consecuencia no es viable tener como verdadero empleador del actor a COLPENSIONES, en caso negativo; ii) se verificará si es procedente el pago de las acreencias que se reclaman en el *petitum*.

c. Del verdadero empleador:

Sea lo primero indicar, que no fue objeto de reproche en esta instancia que la enjuiciada suscribió diferentes contratos comerciales con las empresas de

servicios temporales Serviola S.A., Activos S.A., Coltempora S.A., y Misión Temporal S.A., para suministrar personal en misión a esa entidad entre 2012 y 2017 como lo expone la misma entidad accionada en la contestación a la demanda (f. 6 archivo 12); lo que a su vez se colige de los referidos contratos No. 221 de 2012, 060 de 2013, 007 de 2014, 053 de 2014, 119 de 2014, 042 de 2015, 005 de 2016 y 042 de 2017, los cuales obran en el *link* del archivo 13, el que contiene las pruebas 6 a 13 que aportó la pasiva.

De otro lado, no se discute que entre el actor y las mencionadas empresas de servicios temporales, se suscribieron diferentes contratos de trabajo por duración de la obra o labor contratada, en virtud de los cuales se desempeñó como trabajador en misión en COLPENSIONES, y que posteriormente fue contratado directamente por esa encartada mediante contrato de trabajo a término indefinido como trabajador oficial, siendo su último cargo el de Analista Código 420 Grado 04 percibiendo una asignación mensual de $3.725.393, contratos que tuvieron los siguientes extremos temporales:

No.	EST	INICIO	FIN	SALARIO	CARGO
1	SERVIOLA	21/02/2013	15/05/2013	1.270.949	ANALISTACHL
2	ACTIVOS	16/05/2013	20/01/2014	1.270.949	ANALISTACHL
3	ACTIVOS	21/01/2014	25/06/2014	1.295.605	ANALISTA I-CM
4	COLTEMPORA	26/06/2014	10/12/2014	1.295.605	ANALISTA I
5	COLTEMPORA	11/12/2014	31/03/2015	1.295.605	ANALISTA I
6	ACTIVOS	1/04/2015	30/01/2016	1.411.377	ANALISTA I
7	ACTIVOS	1/02/2016	31/01/2017	1.545.075	ANALISTA I
8	MISIÓN TEMPORAL	1/02/2017	11/01/2018	1.623.719	ANALISTA I
9	COLPENSIONES	15/01/2018	26/05/2019	3.725.393	ANALISTA CODIGO 420 GRADO 04

Lo anterior, se demuestra con las certificaciones laborales expedidas por las referidas temporales, las liquidaciones y los contratos de trabajo pactados por el demandante con esas sociedades, documentos a los que se suma la carta de terminación del contrato de trabajo con la accionada, aspectos que igualmente fueron corroborados por la falladora de instancia. (f. 2 a 15, 37 y 77 a 97 archivo 03).

Bajo esa óptica, se debe mencionar en lo que atañe a la contratación de las Empresas de Servicios Temporales, que estas verifican el suministro de personal en misión para coadyuvar a la empresa contratista de forma temporal en el

desarrollo de actividades, las cuales están reguladas por la Ley 50 de 1990 en sus artículos 71 a 94.

En punto de lo anterior, el artículo 77 de la citada disposición normativa establece tres casos en los que la empresa usuaria puede contratar a una empresa de servicios temporales, así:

> "*Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos:*
>
> *1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6º del Código Sustantivo del Trabajo.*
>
> *2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.*
>
> *3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogables hasta por seis (6) meses más*."

En consonancia con lo antes referido, es del caso destacar que si la contratación no está sujeta a ninguno de los tres casos en los que la empresa usuaria puede contratar a una Empresa de Servicios Temporales y además se supera el plazo estipulado en el numeral 3º el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, se entenderá el contrato de trabajo celebrado con la usuaria beneficiaria, y en este caso la presunción de la modalidad contractual para el trabajador oficial.

En relación con el caso de marras, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reiteras ocasiones ha abordado el análisis de los artículos 71 y 77 de la Ley 50 de 1990, en otras en sentencia SL3764-2022, Radicación No. 85135 de 1° de noviembre de 2022, en la que recordó:

> *"Conforme a ello, las EST tienen a su cargo la prestación de servicios transitorios en la empresa cliente, en actividades propias o ajenas al giro habitual de la misma por tiempo limitado. Suele pensarse que las usuarias pueden contratar con las EST cualquier actividad permanente siempre que no exceda el lapso de 1 año; sin embargo, esta visión es equivocada dado que solo puede acudirse a esta figura de intermediación laboral para el desarrollo de labores netamente temporales, sean o no del giro ordinario de la empresa, determinadas por circunstancias excepcionales tales como trabajos ocasionales, reemplazos de personal ausente o incrementos en la producción o en los servicios."*

(…)

"Al texto anterior, el Decreto 4369 de 2006, en el parágrafo de su artículo 6, agregó,

PARÁGRAFO. Si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la causa originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, esta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio."

De cara a lo anterior, no puede obviarse que la demandada COLPENSIONES, justificó la contratación del demandante a través de diferentes Empresas de Servicios Temporales como viene de verse, argumentando que lo fue para dar cumplimiento al plan de acción presentado por la entidad ante una Corporación Judicial, esto es, la Corte Constitucional; con el fin de corregir el atraso estructural del régimen de prima media, que administró el otrora extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, disposiciones reguladas por esa Alta Corporación principalmente a través de Autos 110 y 320 de 2013, 130 y 259 de 2014 y 181 de 2015, 047 de 2017 y la sentencia T-774 de 2015, entre otras; proveídos que justifican los contratos de prestación de servicios suscritos con las temporales.

A pesar de lo anterior, y en atención de los parámetros legales y jurisprudenciales sostenidos por el órgano de cierre de esta especialidad, si bien las contrataciones de la entidad por intermedio de temporales estaban sopesadas legalmente, tal aspecto no puede descontextualizar las reglas de contratación reguladas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990. Pues no puede pasarse por alto, que el actor mantuvo ocho (8) contratos a través de temporales, los que si bien en algunos casos no superan el termino permitido de seis (6) meses, no puede soslayarse que en otros sobrepasó el plazo legal permitido, a lo que se suma no que existió solución de continuidad entre uno y otro, como pasa a verse:

No.	EST	INICIO	FIN	DURACIÓN
1	SERVIOLA	21/02/2013	15/05/2013	MENOS DE (6) SEIS MESES
2	ACTIVOS	16/05/2013	20/01/2014	MÁS DE (6) SEIS MESES
3	ACTIVOS	21/01/2014	25/06/2014	MENOS DE (6) SEIS MESES
4	COLTEMPORA	26/06/2014	10/12/2014	MENOS DE (6) SEIS MESES
5	COLTEMPORA	11/12/2014	31/03/2015	MENOS DE (6) SEIS MESES
6	ACTIVOS	1/04/2015	30/01/2016	MÁS DE (6) SEIS MESES
7	ACTIVOS	1/02/2016	31/01/2017	MÁS DE (6) SEIS MESES
8	MISIÓN TEMPORAL	1/02/2017	11/01/2018	MÁS DE (6) SEIS MESES

De esa forma, es palmario que se descontextualizó la norma que regula este tipo de contrataciones a través de empresas de servicios temporales, a lo que se suma que en nada cambia el hecho de que se trate de actividades que sean del giro ordinario o no de la entidad, como ya lo ha expuesto de forma reiterada la jurisprudencia.

Y es que para la Sala, no es de recibo el hecho de que COLPENSIONES si bien en un determinado momento requirió personal para dar solución a la contingencia generada por la declaratoria del estado de cosas inconstitucionales que se produjo por el atraso de la entidad, para lo cual acudió al uso de las Empresas de Servicios Temporales para cumplir con sus propios fines, entre otros, evacuar peticiones, quejas y reclamos, hacer correcciones de historias laborales y de inconsistencias relacionadas con temas pensionales, labores que debió desarrollar el gestor.

Esa situación contrario a lo sostenido por la *a-quo*, por sí sola no es óbice para desatender las normas que previamente regulaban la contratación de personal en misión a través de Temporales al haber cubierto necesidades permanentes de la enjuiciada, aspecto que corroboró el testigo HECTOR ALBERTO BEDOYA, quien dijo laborar para la pasiva como profesional master en la Dirección de Talento Humanos desde el año 2013 y los testigos HEIDY GUERRERO y JEISSON JURADO, quienes pese a que fueron tachados de sospechosos por la encartada, ofrecen credibilidad sobre ese puntual aspecto, al haber prestado sus servicios a la accionada a través de Temporales y haber sido compañeros de trabajo del actor en esa entidad.

En este punto, debe indicarse que mediante Decreto Ley 4121 del 2 de noviembre de 2011, se modificó la naturaleza jurídica de COLPENSIONES a la de Empresa Industrial y Comercial del Estado organizada como entidad financiera de carácter especial, cuyo objeto es la administración del régimen de prima media con prestación definida, las prestaciones especiales que las normas legales le asignen y la administración del Sistema de Ahorro de Beneficios Económicos Periódicos de que trata el Acto Legislativo 01 de 2005.

A razón de ese cambio de naturaleza jurídica de COLPENSIONES, el Decreto 4938 del 29 de diciembre de 2011 aprobó la planta de personal de la entidad, la cual está conformada por tres (3) empleados públicos, esto es, presidente, jefe de control interno y director de cartera y mil ciento diecinueve (1.119) trabajadores oficiales. Posteriormente, mediante Decreto 2728 del 23 de noviembre de 2013 se autorizó la ampliación de la planta de personal en ciento cuarenta y nueve (149) cargos, para un total de mil doscientos sesenta y ocho (1.268) trabajadores oficiales, finalmente, de acuerdo al Decreto 310 del 24 de febrero de 2017, se fijó en dos mil cuatrocientos noventa y un (2.491) el número de cargos de trabajadores oficiales de la planta de personal de la pasiva, luego, es claro que las funciones desempeñadas por el actor no corresponden a alguna de las que aluden a los cargos designados como empleados públicos, por lo que se tendrá como trabajador oficial.

Las anteriores consideraciones son las que inexorablemente conllevan a revocar la decisión de primer grado, para en su lugar tener a COLPENSIONES como el verdadero empleador del actor, y en consecuencia declarar la existencia de un único contrato de trabajo a término indefinido entre el demandante y la demandada, el cual estuvo vigente entre el 21 de febrero de 2013 y el 26 de mayo de 2019.

d. Nivelación salarial

Dado que se encontró acreditado que COLPENSIONES fungió como verdadero empleador del demandante, y como consecuencia de ello se ha declarado la existencia de un único contrato de trabajo, conexo a ello, pretende el promotor se atiendan las demás pretensiones de la demanda, entre las cuales se encuentra la nivelación salarial con el cargo de Analista Código 420 Grado 04.

Para desatar el objeto de la controversia, debe memorarse que el artículo 143 del C.S.T., modificado por el artículo 7 de la Ley 1496 de 2011, establece:

> *"1. A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en este todos los elementos a que se refiere el artículo 127.*

2. No pueden establecerse diferencias en el salario por razones de edad, género, sexo nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales.

3. Todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación."

Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en entre otras, en sentencia SL4091-2022, ha determinado que la igualdad de trato y no discriminación en el trabajo, exige tratamiento igualitario en materias salariales y prestacionales para los trabajadores que se encuentren en igualdad de condiciones laborales, por lo que no son admisibles tratos diferenciados cuando se sustenten en motivos irrelevantes o subjetivos.

Caso contrario ocurre cuando las diferencias se presentan por motivos razonables, legítimos o relevantes, es decir, criterios objetivos que pueden ser fundados en la capacidad profesional o técnica, en la antigüedad, la experiencia en la labor; pues en estos eventos está justificada la diferencia salarial y no hay lugar a la nivelación, como se estudió recientemente en la sentencia SL1399-2019, Radicación 6939 del 6 de marzo de 2019. Por otro lado, se tiene que en la nivelación salarial por aplicación del principio *"a trabajo igual, salario igual"*, el trabajador debe demostrar el puesto desempeñado y la existencia de otro trabajador que desempeña o desempeñó el mismo cargo con similares funciones y eficiencia, según sentencia SL491-2023.

En vista de los anterior, al examinar el acervo probatorio allegado al informativo, no se advierte que el demandante haya logrado probar que las actividades que desarrolló antes del 15 de enero de 2018, como Analista CHL, Analista I-CM y Analista I; fuesen similares o iguales a las de un trabajador de planta de Colpensiones, más exactamente a las del cargo de Analista Código 420 Grado 04, según las certificaciones laborales expedidas por las Empresas de Servicios Temporales para las cuales prestó sus servicios el actor entre el 21 de febrero de 2013 y el 11 de enero de 2018, y la certificación que emitió COLPENSIONES en la que indicó las funciones que desarrolló el gestor para esa entidad del 15 de enero de 2018 y el 26 de mayo de 2019. (f. 2 a 15 y 37 a 39 archivo 03).

Situación que se acompasa con lo expuesto por testigos HEIDY GUERRERO y JEISSON JURADO, quienes fueron compañeros de trabajo del actor y señalaron al unísono que no había personal de planta que desempeñara las mismas funciones del actor, entiéndase durante su vinculación con las Temporales. Por lo que las afirmaciones del demandante, referentes a que desempeñó siempre las funciones de Analista Código 420 Grado 04; solo se quedan en su dicho, más si se tiene en cuenta que en el interrogatorio de parte que rindió, dijo respecto de sus funciones como trabajador oficial y las que desempeñó como trabajador en misión, que algunas se cumplían y otras no; lo que conlleva a absolver a la demandada de la pretensión relacionada con nivelación y el consecuente reajuste por las diferencias salariales dejadas de percibir.

e. De las primas de navidad y vacaciones:

Reclama el demandante el pago de la prima de navidad y la prima de vacaciones causadas en vigencia de toda la relación laboral, arguyendo que cuando estuvo vinculado por medio de las Empresas de Servicios Temporales, no recibió lo correspondiente a tales emolumentos.

Sobre el particular, se advierte que si bien el demandante en su declaración sostuvo que las temporales le pagaron la liquidación de acreencias laborales, no se puede obviar que las acreencias que aquí se reclaman no son propias de los trabajadores en misión, aunado a que de las pruebas arrimadas al plenario y de la liquidación allegada por el periodo de 1º de febrero de 2016 a 31 de enero de 2017, no se encuentra que se haya efectuado el pago por concepto de prima de navidad y prima de vacaciones. (f. 53 archivo 03)

Previo a continuar con análisis del caso bajo examen, y dado que la demandada propuso la excepción de prescripción, y el último contrato de trabajo finalizó el 26 de mayo de 2019, y la reclamación fue presentada el 25 de julio de 2019 (f. 99 a 103 archivo 03), y respondida por la entidad el 11 de septiembre del mismo año (link archivo 13 – prueba 4). Asimismo, la demanda fue presentada el 27 de noviembre de 2020 (archivo 05) y el auto admisorio data del 7 de septiembre de 2021 y fue notificado a la parte actora el día 14 del mismo mes y año; y la entidad demandada presentó contestación el 19 de enero de 2022, por lo que se tuvo por notificado por conducta concluyente mediante auto de 28 de marzo de 2022

(archivos 6, 13 y 15); es decir, que la demanda se notificó dentro del año siguiente a la notificación del admisorio a la activa. Dicho esto, es diáfano que los derechos causados con anterioridad al **25 de julio de 2016** quedó cobijado por el fenómeno prescriptivo.

Puestas así las cosas, debe mencionarse que la prima de navidad, según el artículo 11 del Decreto 3135 de 1968, establece:

> *"Todos los empleados públicos y los trabajadores oficiales, tendrán derecho a una Prima de Navidad equivalente a un (1) mes del sueldo que corresponda al cargo en treinta (30) de noviembre de cada año, prima que se pagará en la primera quincena del mes de diciembre".*
>
> *"PARÁGRAFO 1. Cuando el empleado o trabajador oficial no hubiere servido durante el año civil completo, tendrá derecho a la mencionada prima de navidad, en proporción al tiempo servido durante el año, a razón de una doceava parte por cada mes completo de servicios, que se liquidará con base en el último salario devengado."*

PRIMA DE NAVIDAD					
DESDE	HASTA	DÍAS PROMEDIO	DIAS	SALARIO	VALOR
25/07/2016	31/12/2016	156	13	1.545.075	669.533
1/01/2017	31/12/2017	360	30	1.623.719	1.623.719
1/01/2018	14/01/2018	14	1,17	3.725.393	145.290
				TOTAL	**2.438.542**

Ahora, según lo enseñado sobre el tema en sentencia SL314 de 2023, la demandada adeuda al actor por concepto de prima de navidad la suma de $2.438.542, rubro que debe ser indexado al momento de su pago.

En cuanto a la prima legal de vacaciones, el Decreto 1045 de 1978 consagra el pago de la misma, emolumento que la pasiva al contestar el hecho veinte de la demanda reconoce (f. 14 archivo 12).

Sin embargo, y en tratándose de trabajadores oficiales de Empresas industriales y Comerciales del Estado, la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, en sentencia SL4633-2021, Radicación No. 81225 de 29 de septiembre de 2021, expuso sobre el reconocimiento de la misma, lo siguiente:

> *"1.4 Prima de Vacaciones legal y convencional*

Al efecto debe resaltarse que, el juzgado englobó en una sola suma la condena por prima de vacaciones legal y convencional, aspecto sobre el cual debe precisarse, que conforme al Decreto 1045 de 1978, la prima de vacaciones se le reconoce únicamente «a los empleados públicos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, en los mismos términos en que fuere establecida por las citadas normas», condiciones que no acredita el demandante por lo que no tiene derecho al aludido redito."

Más adelante, el Alto Tribunal de cierre en sentencia SL900-2022, Radicación No. 84148, al referirse al tema reitero lo antes expuesto, así:

"Igual designio corre la prima de vacaciones, por cuanto la que está contenida en el Decreto 1042 de 1978, es para los empleados públicos que trabajen en ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional (CSJ SL, 21 feb. 2005, rad. 23155)."

Bajo ese entendido, esta Corporación se abstendrá de emitir condena por concepto de prima de vacaciones, y dado que no se alegó que se tratara de una de tracto convencional, la Sala no ahondara en tal aspecto.

f. De la reliquidación de las cesantías y la indemnización por moratoria:

Aduce la parte actora que en el periodo en que prestó servicios a la demandada a través de las temporales, en la liquidación de cesantías no se tuvo en cuenta lo atinente a las primas de navidad y vacaciones, conceptos que son factor salarial para liquidar la misma.

Sobre este tópico, sea lo primero indicar que las cesantías en el caso de los trabajadores oficiales se encuentra reglada en los artículos 27 del Decreto 3118 de 1968, 1° y 6° del Decreto 1160 de 1947, artículo 17, literal a) de la Ley 6° de 1945 y la Ley 344 de 1996, advirtiéndose igualmente que a todos los contratos de trabajo celebrados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 50 de 1990, les es aplicable el régimen de liquidación por cesantías anual, el cual cobijó incluso a los trabajadores oficiales del sector público con la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996.

Ahora, si bien la encartada acepta al contestar el hecho veinte de la demanda que reconoce las primas aquí analizadas como factor salarial, para lo cual hace alusión al artículo 45 del Decreto Ley 1045 de 1978, no es menos cierto, que dicho precepto legal en sus artículos sus artículos 1º y 2º no hace alusión que la misma se haga extensiva a la los trabajadores oficiales de las empresas industriales y comerciales del estado, lo que permita llevar a cabo la reliquidación pretendida, esto es incluir la prima de navidad, para tal efecto, pues ya se expuso no tuvo prosperidad la prima de vacaciones.

Dicho esto, al verificar el Acuerdo No. 0051 de 30 de mayo de 2013 emitido por COLPENSIONES, se advierte que su artículo señala:

> "*ARTÍCULO 1°. Aclarar el artículo 22 del Acuerdo 09 del 22 de diciembre de 2011, por el cual se aprueba la reforma de los estatutos internos de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, el cual quedará así:*
>
> *"ARTÍCULO 22.- RÉGIMEN SALARIAL. Los Empleados Públicos de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, estarán sujetos al régimen salarial y prestacional que para estos empleos establezca el Gobierno Nacional.*
>
> *En materia salarial los Trabajadores Oficiales de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, se regirán por lo establecido por Acuerdo de la Junta Directiva, lo acordado en el contrato individual de trabajo y en los contratos colectivos que se suscriban con la Empresa, lo anterior sin perjuicio de las prestaciones sociales mínimas a que tienen derecho esta categoría de servidores públicos y que se encuentran señaladas en el Decreto 1045 de 1978 y en las normas que lo modifiquen o adicionen."*

De lo anterior, si bien se expone que los trabajadores oficiales de la entidad demandada tienen derecho a unas prestaciones mínimas, conforme se encuentra señalado en el Decreto 1045 de 1978, de la redacción de dicho texto no se puede extraer con claridad que dentro de esas prestaciones mínimas se encuentre la de incluir como factor salarial la prima de navidad para reliquidar el auxilio de cesantías, por lo que en esta oportunidad no se accederá a tal pedimento, lo que conlleva igualmente a absolver lo concerniente al pago de la indemnización moratoria.

g. De la indemnización por despido sin justa causa

Pretende la parte demandada Previo a analizar la referida indemnización, debe precisarse que quedó probada la existencia de un contrato de trabajo, que tuvo

como extremo inicial el día 21 de febrero de 2013 y finalizó el 26 de mayo de 2019, extremo final que certificó COLPENSIONES (f. 37 a 39 archivo 03), terminación que se evidencia de la comunicación que dirigió esa encartada al actor el 23 de mayo de 2019, señala como motivo del finiquito, lo siguiente (f. 37 a 39 archivo 03):

> *"La presente tiene como propósito informarle que a partir del veintisiete (27) de mayo de 2019, Colpensiones da por terminado el contrato individual de trabajo N°1640 del doce (12) de enero de 2018, con fecha de inicio el día quince (15) de los mismos, suscrito por usted con esta entidad, así como la vinculación en el cargo de Analista, Código 420, Grado 04, de la planta de personal de la empresa en virtud de lo establecido en la cláusula sexta del mismo que dispone: "(...) Las partes que conforman el presente contrato de trabajo, acuerdan en desarrollo del principio de bilateralidad y consensualidad, que la entidad empleadora liquidará y pagará al Trabajador Oficial una indemnización de conformidad con lo establecido en la siguiente tabla:"*

Trabajadores Oficiales que devenguen menos de diez (10) salarios mínimo	1. Hasta un (1) año de servicio = Treinta (30) días de salario.
	2. Más de un (1) año de servicio = Treinta (30) días de salario por el primer año y veinte (20) adicionales porcada año y proporcionalmente por fracción.
Trabajadores Oficiales con diez (10) o más salarios minimos legales mensuales	1. Hasta un (1) año de servicio = Veinte (20) días de salario.
	2. Más de un (1) año de servicio = Veinte (20) días de salario por el primer año y quince (15) adicionales porcada año y proporcionalmente por fracción.

Conforme a lo anterior, encuentra la Sala acreditado el hecho del despido por parte del trabajador. En tanto el empleador hizo uso de lo pactado entre las partes en la cláusula sexta del contrato de trabajo que suscribieron el 15 de enero de 2018 (f. 81 a 86 archivo 03), en la que las partes acordaron la terminación unilateral por parte de COLPENSIONES, así; *"Fuera de los casos a los que se refieren los artículos 16, 48, 49 y 50 del Decreto 2127 de 1945 y, frente a la terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa por parte de COLPENSIONES, las partes que conforman el presente contrato de trabajo, acuerdan en desarrollo del principio de bilateralidad y consensualidad, que la entidad empleadora liquidará y pagará al Trabajador Oficial una indemnización de conformidad con lo establecido en la siguiente tabla"*, y a continuación se indica la tabla a la cual se ha hecho alusión anteriormente.

Puestas así las cosas, es diáfano que las partes habían acordado el pago de una indemnización por despido sin justa causa, la cual si bien le fue reconocida al gestor en inicio, lo cierto es, que no se tuvo en cuenta todo el tiempo realmente laborado al servicio de la encartada, ya que solo se tasó por el periodo comprendido del 15 de enero de 2018 al 26 de mayo de 2019; es decir, que no se tuvo en cuenta el tiempo en que estuvo vinculado a través de las Empresas de Servicios Temporales, esto es, del 21 de febrero de 2013 al 14 de enero de 2018, como se avizora en la Resolución No. 103 de 2019 mediante la cual se dispuso el pago de prestaciones a favor del actor. (link archivo 13 que contiene la prueba 29 – f. 113 a 115).

De esa forma, al haber prestado sus vicios por más de un año y haber devengado como última asignación básica mensual la suma de $3.725.393, es decir, menos de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y haber laborado del 21 de febrero de 2013 al 26 de mayo de 2019, esto es, por espacio de 2.256 días, que corresponden a seis (6) años y noventa y seis (96) días, le corresponde por concepto de indemnización por despido sin justa causa:

	DIAS	IMDEMNIZACIÓN
primer año	30	3.725.393
segundo año	20	2.483.595
tercer año	20	2.483.595
cuarto año	20	2.483.595
quinto año	20	2.483.595
sexto año	20	2.483.595
ultimo año	5,33	662.292
	TOTAL	**16.805.660**

Ahora bien, como ya se expuso la demandada le reconoció al actor por concepto de indemnización $4.635.631, según la precitada Resolución No. 103 de 2019; por tanto, al descontar esa suma al monto aquí establecido, ello nos arroja que la encartada le adeuda al actor por tal concepto $12.170.029, por lo que se condenará a la demandada a pagar tal monto, debidamente indexado.

COSTAS en ambas instancias a cargo de la demandada COLPENSIONES.

V. 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 de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 21 de noviembre de 2022, por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia, para en su lugar, DECLARAR que entre el demandante y COLPENSIONES existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 21 de febrero de 2013 y el 26 de mayo de 2019, de conformidad con los argumentos expuestos.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar al demandante la suma de $2.438.542 por concepto de prima de navidad y $12.170.029 por indemnización por despido sin justa causa, rubros que deben ser indexados al momento de su pago.

TERCERO: ABSOLVER a COLPENSIONES de las restantes pretensiones formuladas en su contra, por las razones antes expuestas.

CUARTO: COSTAS en primera instancia a cargo de COLPENSIONES. COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada. Fíjense como valor de agencias en derecho la suma de $1.000.000, 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

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 **14 2021 00519 01**
Demandante:	EDUARDO JOSÉ JANER CAVADIA
Demandados:	COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio 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 17 de marzo de 2023 por el Juzgado Catorce 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 EDUARDO JOSÉ JANER CAVADIA promovió demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., a fin de declararse la ineficacia de la afiliación que efectuara del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en el mes de junio de 1995 a través de PORVENIR S.A., por existir engaño y asalto en su buena fe, induciéndolo al error y viciando su consentimiento.

Que a razón de la anterior situación, se declare igualmente la ineficacia de las afiliaciones ante COLFONDOS S.A. en el mes de diciembre de 1998 y con PROTECCIÓN S.A. en el mes de mayo de 2003.

Por consiguiente, se ordene a PROTECCIÓN S.A. retornarlo al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, junto con todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, incluidos los rendimientos causados, así como que se le ordene a COLPENSIONES recibirlo como afiliado sin solución de continuidad, lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita* y costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, refirió que estuvo afiliado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida a través del extinto ISS por el periodo comprendido entre el 28 de octubre de 1985 y el 31 de enero de 1995, así como que, para el mes de junio de esta última anualidad, en horas laborales asesores de PORVENIR S.A. le presentaron el nuevo régimen pensional, a lo cual se le aseguró que el ISS se acabaría y que en el régimen privado tendría mejores rendimientos.

Asimismo, manifestó que le indicaron en su momento que se podría pensionar en cualquier momento, no se le informó el derecho de retracto, entre otros aspectos de desinformación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. contestó demanda indicando que el traslado llevado a cabo por el demandante se realizó de manera libre e informada, luego de que recibiera información en forma clara, precisa, veraz y suficiente de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, donde se le expresó el funcionamiento, características y condiciones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, entre otros aspectos.

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

PROTECCIÓN S.A. por su parte manifestó no ser cierto que el asesor hubiese incumplido en algún momento su deber legal de actuar en forma diligente y prudente, pues por el contrario le brindó al demandante una asesoría honesta y responsable sobre el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, explicando en forma clara y comprensible sus características y diferencias respecto al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, no solo al momento de su vinculación sino durante todo el tiempo que ha permanecido afiliado.

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 y aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso en concreto.

COLPENSIONES refirió que el demandante se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al haber suscrito de manera voluntaria, consiente y sin presiones su afiliación a la AFP PORVENIR S.A. en el año de 1995, por lo que mal se haría en declararse la ineficacia del traslado después de 15 años, más aún si se encontraba dentro de la prohibición legal de que trata la Ley 797 de 2003.

Impetró las excepciones de 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, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica.

COLFONDOS S.A. adujo que la afiliación del actor en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se produjo de su derecho a libremente escoger el fondo de pensiones que administra sus aportes, al igual que los asesores comerciales brindaron al demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado horizontal, con su debida asesoría de las características del régimen privado, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre ambos regímenes pensionales, las ventajas y desventajas, el derecho de retractación y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en uno u otro régimen.

Expuso los medios exceptivos de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 17 de marzo de 2023, resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del acto de traslado que hizo el demandante señor **EDUARDO JOSÉ JANER CAVADIA** del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. Señalando como consecuencia de tal declaración, que ningún efecto jurídico surtió el traslado y por tanto siempre estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por COLPENSIONES.*
>
> ***SEGUNDO: ORDENAR** a la AFP PROTECCIÓN S.A., donde se encuentra afiliado el demandante, a trasladar a COLPENSIONES, el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluyendo los rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales y porcentaje de pensión de garantía mínima, los cuales deben retornarse debidamente indexados. Igual obligación se impone a PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. por el*

tiempo de permanencia del demandante, reintegrar a COLPENSIONES en las mismas condiciones los valores cobrados a título de cuotas de administración, seguros previsionales y comisiones.

TERCERO: *DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por todo el extremo pasivo de la acción.*

"CUARTO: CONDENAR EN COSTAS de la acción a las partes demandadas."

Para arribar a dicha conclusión, la juzgadora de instancia expresó que la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral en sentencias SL 1688 de 2019, SL 4811 de 2020, SL 145 de 2021 y SL 587 de 2021, ha enfatizado que se genera la ineficacia del traslado ante la falta al deber de información por parte de los fondos de pensiones, con antelación al acto de traslado, lo que no se suple con la suscripción del formulario de afiliación, pues a lo sumo ese documento da cuenta de un consentimiento libre de vicios, pero no informado; deber que ya existía desde la expedición de la Ley 100 de 1993.

Por tal razón, coligió que dentro del asunto de marras no se logró acreditar por parte de la AFP una debida asesoría y buen consejo al momento del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A., máxime si se tiene en cuenta que en el interrogatorio de parte rendido por el demandante, el mismo no confesó situación alguna respecto de la debida asesoría deprecada por las demandadas, por lo que declaró la ineficacia del traslado, incluidos los traslados horizontales realizados ante COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A.

Por consiguiente, ordenó a PROTECCIÓN S.A. trasladar con destino de COLPENSIONES todos los saldos depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos financieros y sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales y porcentajes de garantía de pensión mínima, mismos que deben retornar debidamente indexados y que deben asumir de sus propias utilidades, como quiera que el acto jurídico de traslado fue ineficaz, por tanto esos rubros deben ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida como así lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Que dicha la anterior obligación en igual sentido recae sobre las AFP donde se produjo la migración de régimen y aquellas donde estuvo vinculado el demandante sobre el tiempo de permanencia en estas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. la apeló. Expuso en su alzada encontrar inconformidad atinente a devolver las sumas a las cuales se le condena en forma indexada, bajo el entendido que de conformidad con lo establecido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de las obligaciones en cabeza de las AFP se encuentra la de garantizar la rentabilidad mínima de las cotizaciones en la cuenta de ahorro individual de cada uno de sus afiliados, resulta excluyente e incompatible dicha indexación, más aún si los recursos del actor no se han visto afectados por la inflación; por el contrario, se han generado rendimientos muy superiores a los que se garantizan en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Igualmente, adujo que en caso de procederse con la indexación se estaría imponiendo un doble pago.

COLPENSIONES por su parte argumentó que debe revocarse la sentencia de primer grado, como quiera que como entidad pensional es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre el demandante y las AFP encartadas, de allí que no pueda verse perjudicada de la decisión, lo que conllevaría a afectar el principio de sostenibilidad financiera.

Que en caso de que proceda la ineficacia, las AFP deberán pagar los perjuicios económicos generados al retornarse el demandante nuevamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida teniendo en cuenta la teoría del daño.

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 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 fueron aportados los formularios de afiliación que efectuara el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. el 8 de mayo de mayo de 1995, teniendo traslados horizontales con destino a COLFONDOS S.A. el 29 de octubre de 1998 y PROTECCIÓN S.A. el 25 de marzo de 2003, última donde se encuentra vinculado en la actualidad (Fls. 203 y 204 - PDF 02 ANEXOS DE DEMANDA, fl. 67 - PDF 11 CONTESTACIÓN DEMANDA PORVENIR S.A. y fl. 22 – PDF 15 – CONTESTACIÓN CONFONDOS 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 EDUARDO JOSÉ JANER CAVADIA en el interrogatorio de parte a él 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 PORVENIR S.A. en el año 1995 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 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 1995, 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 alegado por 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.

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

> *"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).*
>
> *"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.*

Así las cosas, es evidente que los gastos de administración deban indexarse y demás rubros apelados según la alzada de PORVENIR S.A., más aún cuando tal aspecto en manera alguna se compensa por los rendimientos, aspectos todos

por lo que la decisión de primera instancia habrá de adicionarse y modificarse la orden emitida en primera instancia.

COSTAS en esta instancia a cargo de las apelantes PORVENIR S.A. y COLPENSIONES como quiera que no gozaron de prosperidad los recursos de alzada.

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 de primer grado proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **CONDENAR** a la demandada PROTECCIÓN S.A., que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto a las sumas correspondientes a rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo que estuvo afiliada 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.

De la misma forma, deberá proceder el restante de las AFP llamadas a este juicio frente a la devolución a COLPENSIONES de los gastos de administración sobre los aportes efectuados por la demandante mientras estuvo afiliada a esa administradora.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente. Se fijan como agencias en derecho la suma de $500.000 a favor de la actora y a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, 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

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 **15 2018 00656 02**
Demandante:	ANA MARÍA CÁRDENAS ÁVILA
Demandado:	MIGUEL EDGARDO HERNÁNDEZ PACHECO, TRINO FABIÁN RAMÍREZ FINO y ANTONY RAMÍREZ FINO
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el presente proceso en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., como quiera que la sentencia proferida del 1º de diciembre de 2022 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá fue adversa a las pretensiones del actor.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora ANA MARÍA CÁRDENAS ÁVILA promovió demanda ordinaria laboral en contra de MIGUEL EDGARDO HERNÁNDEZ PACHECO, TRINO FABIÁN RAMÍREZ FINO y ANTONY RAMÍREZ FINO, propietarios del Establecimiento de Comercio BELLAGIO CLASS BAR, a fin de declararse la existencia de un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 15 de abril de 2016 y

el 24 de octubre de 2017, el cual finalizó sin justa causa imputable a los encartados.

Por consiguiente, se condene a los demandados al reconocimiento y pago de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, sanción por la consignación de las cesantías al correspondiente fondo, indemnización moratoria por el no pago oportuno de prestaciones sociales, indemnización por despido sin justa causa, aportes al sistema de seguridad social integral, pago de licencia de maternidad, horas extras, dotaciones, subsidio de transporte, más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que laboró en el establecimiento de comercio BELLAGIO CLASS BAR, de propiedad de los demandados MIGUEL EDGARDO HERNÁNDEZ PACHECO, TRINO FABIÁN RAMÍREZ FINO y ANTONY RAMÍREZ FINO, por el periodo comprendido entre el 15 de abril de 2016 y el 24 de enero de 2017, donde desempeñó el cargo de mesera con un horario de trabajo de miércoles a sábado desde las 2:00 p.m. hasta las 2:30 a.m. del siguiente día, devengando como retribución salarial mensual la suma de $900.000.

Expuso que el 5 de octubre de 2017 comunicó a sus empleadores su estado de embarazo, ostentando para ese momento 11 semanas de gestación, aspecto que por demás conllevó a la finalización de su contrato de trabajo.

Asimismo, resaltó que durante el tiempo de la relación laboral los demandados no le cancelaron el tipo de pretensiones ya expuestas, dando a luz el 7 de abril de 2018.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

ANTONY RAMÍREZ FINO y TRINO FABIÁN RAMÍREZ FINO contestaron la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, bajo el entendido que la demandante ejercía actividades en jornales esporádicos, esto es, que no era continuo el servicio prestado, sino que por el contrario fue ocasional, de allí que no le asista derecho a la prosperidad de las pretensiones impetradas.

Formularon como medios exceptivos los denominados ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales, falta de legitimación en la causa material por activa, cobro de lo no debido y la de temeridad y mala fe.

El demandado fue representado a través de curadora *ad litem*, quien manifestó que dentro del expediente no existe prueba conducente con la que se pueda establecer con claridad la existencia de la relación laboral alegada por la demandante.

No impetró medios exceptivos.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 1º de diciembre de 2022 absolvió a los demandados de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, indicó el *a-quo* que, teniendo en cuenta el contrato de trabajo a la luz de la primacía de la realidad sobre las formalidades, los artículos 22, 23 y 24 del C.S.T., así como lo preceptuado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, le corresponde a la parte demandante acreditar la prestación personal del servicio y al extremo demandado derruir el elemento subordinante.

En tal sentido, concluyó el operador de instancia que en atención de los testimonios llamados a juicio en efecto quedó demostrado que la actora ANA MARÍA CÁRDENAS ÁVILA prestó un servicio personal a la parte demandada, de allí que operara la presunción de que trata el artículo 24 del C.S.T.

Que a pesar de lo anterior, el proceso se encuentra huérfano probatoriamente frente a los extremos de la relación laboral, adicional al hecho que de los testimonios recaudados se pudo colegir que por regla general la demandante trabajaba los viernes, en ocasiones los sábados y excepcionalmente los jueves, precisando a su vez los testigos que ante el poco flujo de clientes en el establecimiento de comercio, especialmente en semana santa, mediados y finales de año, la actora no prestaba el servicio en forma permanente e ininterrumpida, sino esporádica, por lo que al no lograr demostrar los extremos de la relación laboral alegados en el petitum, es por lo que no se configuró el elemento subordinante.

Asimismo, indicó que tampoco se demostró cuáles eran los días específicos en que laboraba, como tampoco el horario y la retribución devengada diariamente, situaciones todas por las que coligió que no se probaron elementos suficientes para la configuración de un verdadero contrato de trabajo.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

De conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., la sentencia proferida el 1º de diciembre de 2022 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante, como quiera que la decisión de primer grado fue adversa a sus intereses.

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 en 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, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta en que se estudia el asunto de marras en favor de la aquí demandante señora ANA MARÍA CÁRDENAS ÁVILA, la Sala deberá auscultar la configuración o no de un contrato de trabajo con los demandados en atención de la primacía de la realidad sobre las formalidades.

De prosperar lo anterior, se procederá al estudio de las pretensiones de índole condenatorias.

c. Del contrato realidad:

Es menester acotar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen. El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción

legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, según sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, SL2240-2022, Radicación No. 88672 del 28 de junio de 2022, SL2186-2022, Radicación No. 89890 del 29 de junio de 2022, SL2189-2022, Radicación No. 90418 del 29 de junio de 2022, entre otras.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1439-2021, Radicación No. 72624 del 14 de abril de 2021, en lo que atañe al elemento subordinante determinó como pilar fundamental de dicho elemento lo siguiente:

> *"**1.1. La subordinación: clave de bóveda en la determinación de una relación de trabajo subordinada***
>
> *"Bien tiene sentado la Corte que la subordinación es el elemento diferenciador entre una relación laboral y una civil o comercial (SL2885-2019). En efecto, tanto en contratos comerciales como en laborales, pueden estar presentes la prestación personal del servicio y la remuneración, por tanto, la dependencia es el factor que marca la diferencia entre uno y otro.*
>
> *"La subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, en los términos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, «faculta a éste [sic] para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato».*
>
> *"La doctrina ha subrayado que la subordinación es la causa del contrato de trabajo, pues el empleador busca a través de este reservarse la facultad*

de dirigir y controlar la fuerza laboral, conforme sea necesario para el logro de sus objetivos empresariales. La jurisprudencia de esta Sala ha resaltado también como causa del contrato de trabajo la facultad del empleador de disponer de la capacidad de trabajo según sus necesidades organizativas. Por ejemplo, en la sentencia CSJ SL4479-2020 la Corte refirió:

"No debe olvidarse que una de las razones principales por las que los empleadores vinculan trabajadores a su servicio es para reservarse el derecho de controlar y dirigir la labor de sus empleados.

"A diferencia de otros contratos no laborales en los que el objeto es un resultado -entrega de un bien o un servicio- y, por tanto, se procura fijar las condiciones para el logro de esa meta, en el contrato de trabajo el empleador procura ejercer un control sobre la actividad del trabajador o sobre su comportamiento, para adecuarlo al logro de sus fines empresariales. Por este motivo, la ley lo autoriza para dirigir, vigilar y sancionar su conducta, mientras que, en los ordenamientos civiles o comerciales, la ley faculta a las partes con acciones o penalidades encaminadas a garantizar el cumplimiento del objeto contractual.

"De esta forma, la subordinación, elemento central del contrato de trabajo, recae sobre la actividad del trabajador como tal. Y tiene como contracara o reverso, el poder de dirección y control del empleador sobre ese comportamiento. Dicho de otro modo: poder de organización, dirección y control y deber de subordinarse son dos caras de una misma moneda. Por ello, examinar esas dos dimensiones de la relación jurídica para formarse una imagen completa de la realidad fáctica, puede arrojar bastante claridad en los casos ambiguos o de relaciones laborales encubiertas."

Así las cosas, descendiendo al asunto *sub-examine*, aprecia la Sala que primeramente la actora en atención de la carga probatoria que le asiste al tenor de lo preceptuado en el artículo 167 del C.G.P., logró demostrar la prestación personal del servicio, en tanto, de los interrogatorios de parte rendidos por los aquí demandados señores ANTONY RAMÍREZ FINO y TRINO FABIÁN RAMÍREZ FINO, en efecto precisaron que la actora algunos días desempeñó su actividad de mesera en el establecimiento de comercio BELLAGIO CLASS BAR.

A pesar de lo anterior, teniendo en cuenta lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el extremo accionado logró derruir el elemento subordinante para la configuración de un verdadero contrato de trabajo con la demandante al tenor de la primacía de la realidad sobre las formalidades.

Lo anterior, como quiera que, de las declaraciones traídas a juicio por los encartados, más exactamente los testimonios de OLGA MARÍA GÓMEZ, JONATHAN CAMILO CASTRO y DIANA CAROLINA MÉNDEZ VERA, si bien los mismos refirieron conocer a la actora por cuanto se desempeñó como mesera en el establecimiento de comercio, personas que por demás también desempeñaban actividad dentro del mismo, fueron contestes en indicar que la actora no cumplía un horario determinado, en la medida que generalmente iba los jueves y esporádicamente los días miércoles y sábado en atención a la necesidad del servicio que se viniera presentando, sin que existiera así una continuidad en el servicio.

Adicionalmente, los testimonios refirieron que en razón de la actividad comercial que se prestaba en el establecimiento de comercio, esto es, un bar, tanto en semana santa como a mediados y finales de año existía un bajo flujo de clientes, lo que conllevaba a que la actora también cesara su actividad, sumado al hecho que en ningún momento cumplió horarios específicos ni continuos.

Por otra parte, lo dicho por la prueba testimonial anteriormente enunciada, guarda congruencia con lo referido por los demandados ANTONY RAMÍREZ FINO y TRINO FABIÁN RAMÍREZ FINO en los interrogatorios de parte surtidos, toda vez que relataron que la asistencia de la actora al bar se daba semanalmente en forma esporádica, generalmente una vez por semana, cancelándosele el día jornal con pagos en efectivo, sin que tuviese asignado horario alguno.

Además, debe tenerse en cuenta que, concatenado a lo dicho, tampoco yace prueba respecto del horario argüido por la actora y el salario devengado según lo narrado en los supuestos fácticos de la presente acción puesto que, aparte de manifestar una prestación personal del servicio de miércoles a sábado, tales circunstancias no fueron probadas en juicio por la demandante, ya que con las fotografías allegadas no se pueden determinar esos aspectos.

Al unísono, pertinente resulta que la Sala refiera que si bien yacen pantallazos de conversaciones en *WhatsApp* y *Messenger* entre la demandante y una segunda persona (Fls. 74 a 160 – PDF 01), esas probanzas no fueron decretadas por el operador de instancia dentro de la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., por cuanto la demandante las solicitó como copias de correos electrónicos, tópico que sopesa más aún la orfandad del elemento subordinante dentro del asunto de marras; circunstancia por la cual, habrá de confirmarse la absolución de primera instancia.

SIN COSTAS en esta instancia como quiera que el asunto se estudia en sede de consulta.

V. 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 de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 1º de diciembre de 2022 por el Juzgado Quince 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

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 **16 2021 00388 01**
Demandante:	MARTHA CECILIA LEON BULLA
Demandados:	COLPENSIONES y PORVENIR S.A
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada LIZETH DANIELA LOZANO ROJAS, identificada con cédula de ciudadanía 1.117.486.822 y T.P. 376.971 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

Igualmente, se reconoce personería para actuar en representación de PORVENIR S.A. a la abogada CAMILA SOLER SÁNCHEZ, identificada con cédula de ciudadanía 1.014.290.875 y T.P. 352.159.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 17 de febrero del 2023 por el Juzgado Dieciséis 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 MARTHA CECILIA LEON BULLA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin declararse la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A., al considerar que no se le brindó información adecuada, veraz y suficiente, referente a los riesgos y desventajas de trasladarse de régimen.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES el monto total de los aportes cotizados por el periodo comprendido entre el 15 de marzo de 1991 y los que obren con posterioridad a esa fecha, junto con los rendimientos financieros, los cuales servirán para el ingreso base de liquidación de la pensión de vejez, que alega deberá ser reconocida y pagada por COLPENSIONES.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió haber ingresado a laborar con la ASOCIACION NACIONAL DE ASISTENCIA (ASOCIACION NACIONAL DE CONSTRUCTORES) el 15 de marzo 1991, calenda en la cual efectuó cotizaciones a COLPENSIONES hasta el 5 de diciembre del 2000. No obstante, adujó haberse traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad a través PORVENIR S.A. el 1° de enero del 2001, en razón a las promesas efectuadas por el Fondo y sin que se le hubiera suministrado información completa sobre los beneficios o perjuicios de trasladarse de régimen.

Refirió que mediante petición radicada el 19 de octubre del 2019, solicitó a PORVENIR S.A., trasladarla de régimen pensional, pedimento que fue denegado. De la misma forma, expuso que solicitó a COLPENSIONES afiliarla al régimen que administra, así como a recibir todos los aportes realizados, petición que fue negada por la entidad.

Por último, adujó no haber recibido información suficiente sobre las implicaciones y consecuencias de trasladarse al RAIS, lo cual constituyó una vulneración a los principios de la seguridad social en Colombia, por lo tanto, el

formulario suscrito con la administradora de pensiones no presumía un consentimiento debidamente informado; además, se debía garantizar que la información suministrada haya sido recibida de forma clara, cierta, comprensible y oportuna. (Folios. 1 a 5 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. al contestar se opuso a las pretensiones de la demanda, arguyendo que el traslado de régimen pensional del demandante al régimen que administra fue completamente válido, ya que estuvo precedido de una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, razón por la cual sería improcedente declarar un error de hecho, cuando en realidad lo que se alega es un error de derecho frente a condiciones que están determinadas en la ley, luego, no existe prueba alguna que dé cabida a la nulidad de la afiliación a razón de algún vicio del consentimiento; por ende, no es dable retrotraer la afiliación efectuada al RAIS.

Formuló como excepciones las 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. (Folios 1 a 23 Archivo 21).

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones del libelo introductorio, para lo cual afirmó que la demandante no probó causal alguna de nulidad en la afiliación realizada con PORVENIR S.A, por lo tanto, la misma cumple con los presupuestos legales para su existencia, además de no infligir la normatividad legal, por consiguiente, no sería dable declarar la nulidad de traslado. En virtud de lo anterior, solicitó se condenara a la demandante al pago de las costas y agencias en derecho.

Propuso como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, 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, buena fe y la innominada o genérica (Folios 1 a 16 archivo 28).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 17 de febrero del 2023, resolvió:

> *"**PRIMERO:** DECLARAR la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, que realizara la demandante señora MARTHA CECILIA LEÓN BULLA identificada con cédula de ciudadanía No. 51.766.126, y que tuviera lugar el día dos de noviembre del año 2000, y con efectividad desde el primero de enero de 2001, por ante la AFP PORVENIR S.A., a causa de la omisión en el deber de información de la entidad mencionada.*
>
> ***SEGUNDO:** CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS AFP PORVENIR S.A. a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, incluyendo los conceptos por capital, réditos, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si los hubiere, y en general todo valor que se haya recibido en el régimen de ahorro individual con solidaridad, con motivo de las cotizaciones efectuadas en favor de la demandante.*
>
> ***TERCERO:** CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a recibir los recursos condenados en el numeral anterior, y a reactivar la afiliación de la demandante en el régimen solidario de prima media con prestación definida, que se declara como el único vigente en favor de la parte actora.*
>
> ***CUARTO:** DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por el extremo demandado.*
>
> ***QUINTO:** CONDENAR EN COSTAS de la instancia a la parte demandada, practíquese la liquidación por secretaría, incluyendo los valores de Medio Salario Mínimo Legal Mensual Vigente a cargo de AFP PORVENIR S.A. (1/2 SMLMV) y de Un Cuarto de Salario Mínimo Legal Mensual Vigente (1/4 SMLMV) a cargo de COLPENSIONES, como valor de agencias en derecho.*

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* al auscultar la normatividad aplicable al presente caso, hizo alusión al artículo 48 de la C.P y artículo 13 de la Ley 100 de 1993, además, indicó que existen reglas determinadas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la cual ha enfatizado que el deber de información siempre ha existido desde el nacimiento de los fondos privados y se encuentra en cabeza de estos a efecto de que el potencial afiliado tenga conocimiento de las consecuencias que le conllevaría trasladarse, que no es necesario estar en régimen de transición, que la prescripción no opera en

esta clase de procesos y mucho menos que la suscripción del formulario da cuenta del cumplimiento del deber de información, aclarando que en estos casos se analizan bajo el régimen de las ineficacias.

Así las cosas, al examinar el acervo probatorio, indicó que se podía colegir que la actora se había traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad sin que la parte pasiva le hubiese suministrado información necesaria, clara, completa y suficiente, de la cual se permita concluir que la demandante estuvo prevalida de un consentimiento debidamente informado; aunado a ello, afirmó que del interrogatorio de parte no se desprendió confesión respecto al cumplimiento de dicho deber.

Por consiguiente, el Juez de primera instancia declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional a través de PORVENIR S.A., ordenando al Fondo Privado trasladar todas las sumas recibidas como valor de cotizaciones y declarando no probadas las excepciones propuestas, condenado en costas a las demandadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión, la demandada COLPENSIONES la apeló. Al respecto, manifestó su disenso frente a la condena en costas, aduciendo que COLPENSIONES es una tercera de buena fe, cuya única falta fue no haber activado la afiliación de la demandante, la cual se había rechazado debido a los argumentos contemplados en la ley, por lo tanto, no debe condenarse a la entidad por actuar de manera legal, explicando que el único competente para decretar la ineficacia o validez del traslado era un Juez de la República.

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 a 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 persuadida 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 efectuó la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través PORVENIR S.A. el 2 de noviembre del 2000, vinculación que se hizo efectiva el 1º de enero del 2001 según el reporte SIAFP. (Folios 24 y 50 archivo 01). Formulario que, si bien refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, 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, la demandante señora MARTHA CECILIA LEON BULLA en el interrogatorio de parte a ella practicado, expuso haberse traslado al régimen de ahorro individual en el año 2000, en razón a que una asesora de PORVENIR S.A. se hizo presente en el área de Recursos Humanos de la empresa con la cual estaba trabajando, área que citó a todos los trabajadores de la compañía para que firmaran la afiliación con la entidad, y que por ese motivo, suscribió formulario de vinculación, sin haber leído el mismo.

Agregó, que no le dieron más información al respecto, por lo que desconocía las ventajas y desventajas de afiliarse a un fondo privado, además, afirmó no haber formulado pregunta alguna a la asesora, quien solo le manifestó que el Fondo Privado le sería más favorable. Adicional ello, manifestó que su deseo de retornar al anterior régimen radica en que su mesada pensional sería mejor en COLPENSIONES.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna de parte de la actora sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de PORVENIR S.A. al momento del traslado del demandante, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de

Justicia, es evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual 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,	Ley 1748 de 2014	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado 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 PORVENIR S.A., no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen de la promotora.

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

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible […] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la*

pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".

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

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

> *"Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.*
>
> *"En tal virtud, como en primera instancia la vencida en juicio fue la accionada, en cuanto prosperó la pretensión subsidiaria de pagar la devolución de saldos y a ella se opuso dicha entidad al contestar el libelo inicial, la decisión del Juzgado de condenarla en costas se ajusta a derecho; máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón".*

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

> *"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la*

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

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

Así las cosas, debe precisar la Sala que luce acertada la decisión del *a quo*; sin embargo, se adicionará en el sentido de condenar a PORVENIR S.A. a retornar de igual manera a COLPENSIONES lo correspondiente por gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, los cuales se hubiesen descontados a la promotora y a prorrata del tiempo en que permaneció afiliada a la AFP, conceptos que se deberán devolver debidamente indexados al momento de su pago, tal como lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia, según viene de verse.

COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente COLPENSIONES.

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 al numeral segundo de la sentencia proferida el 17 de febrero del 2023 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES lo correspondiente a gastos de administración, primas de seguros previsionales

y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima a prorrata del tiempo en que permaneció la actora en ese fondo, conceptos que deberá devolver debidamente indexados al momento de su pago.

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente COLPENSIONES. Se fija como agencias en derecho la suma de $500.000, 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

JOSE 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 **17 2021 00286 01**
Demandante:	ADRIANA PATRICIA FORERO HINCAPIE
Demandados:	COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES al abogado EPSON MATEO GALLAR ADAIME, identificado con cédula de ciudadanía 1.117.541.420 y T.P. 326.219 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por la demandada COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 15 de febrero 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:

La señora ADRIANA PATRICIA FORERO HINCAPIE promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A., a fin de declararse la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de COLFONDOS el 1° de octubre de 1995, por falta al deber de información y se declare que siempre ha permanecido afiliada al régimen de prima media con prestación definida.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, pretende se condene a PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido a razón de la vinculación de la demandante a ese fondo, tales como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados. Igualmente, se ordene a COLPENSIONES la reciba sin solución de continuidad en el régimen que administra y reciba los citados conceptos, contabilice para efectos de pensión en su historia laboral las semanas cotizadas en el régimen de ahorro individual con solidaridad y condene a lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*, más las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, sostuvo que nació el 9 de enero de 1968 y efectuó aportes a pensión desde el 20 de febrero de 1991 al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES contando con 54 semanas a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, precisando que no se reporta en su historia laboral 180.3 semanas causadas del 1º de abril de 1992 al 30 de septiembre de 1995, las que se encuentran en proceso de corrección y actualización.

De otra parte, enfatizo que no es claro el día y mes en que suscribió el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A., empero, según la historia laboral que expidió se observa que el traslado fue efectivo en octubre de 1995, dado que no entregó el formulario de afiliación pese a haberlo solicitado, entregando un formulario de afiliación del año 1997, el cual no corresponde al primigenio, además relató que posteriormente se trasladó a SANTANDER hoy

PROTECCIÓN S.A., siendo este último el fondo el que desde octubre de 2007 recibe sus cotizaciones a pensión.

Refirió que COLFONDOS S.A., no cumplió con su deber de información, ya que no le explicó cuáles eran las prestaciones económicas que obtendría en el régimen de ahorro individual con solidaridad, los beneficios, riesgos, desventajas, características, e inconvenientes de ese régimen y en general las implicaciones que le conllevaría el traslado de régimen, tampoco realizo proyecciones de su mesada, ni le indicó las condiciones para obtener la prestación de vejez en ese régimen, refiriendo el asesor solo le indico que debía suscribir el formulario al tratarse de un mero requisito de trámite, situación que se repitió con PROTECCIÓN S.A., narrando que solo por comentarios de amigos y familiares se enteró que las pensiones de los fondos privados eran muy inferiores en comparación al salario sobre el cual cotizaba.

Por último, adujo que desde 2013 viene realizando aportes sobre un ingreso base de cotización que oscila entre $10.000.000 y $14.000.000, por lo que solicitó a PROTECCIÓN S.A. una proyección de su mesada, la que le informó que al cumplir 57 años su mesada ascendería a $2.501.000, motivo por el cual solicitó a las encartadas la anulación de su afiliación al régimen de ahorro individual y su traslado a COLPENSIONES, pedimentos que fueron negados por las accionadas. (archivo 02)

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES al contestar se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que la actora por decisión propia solicitó a COLFONDOS el traslado de régimen al suscribir el formulario de afiliación, acto que cumple con los requisitos establecidos en las sentencias C-1024 de 2004, C-789 de 2002, que hacen alusión al artículo 2º de Ley 797 de 2003; por ende, la afiliación que realizó la actora goza de plena validez, más aún cuando ha permanecido en dicho régimen por más de veinte años, sin manifestar inconformidad alguna. De otro lado, señala que no se probó error, fuerza o dolo en las afiliaciones que efectuó, lo que generara la nulidad del acto jurídico de inscripción, por ende, se encuentra válidamente afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Propuso como excepciones las de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373 de 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, la innominada o genérica, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público. (archivo 04)

COLFONDOS contesto con oposición a las pretensiones de la demanda. Al respecto, refirió brindó a la demandante una asesoría integral y completa sobre todas las implicaciones de su decisión de traslado de régimen y entre administradoras de pensiones, además, la asesoró sobre las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre ambos regímenes pensionales, las ventajas y desventajas, y el derecho de rentabilidad que producen los aportes en el régimen de ahorro individual con solidaridad dicho. Más adelante, destaco que no procede la nulidad deprecada dado que la actora suscribió el formulario de vinculación a ese fondo de pensiones de manera libre y voluntaria, sin que obre en el plenario prueba alguna del vicio en el consentimiento alegado.

Como excepciones formulo las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago. (archivo 07)

Entre tanto, PROTECCIÓN S.A. contesto la demanda oponiéndose a las pretensiones del petitum, argumentando que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, observándose del formulario de vinculación que suscribió la promotora, que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones tanto en cabeza del Fondo como del afiliado, manifestación de voluntad que estuvo libre de presión y engaños,

desvirtuándose cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, lo que constituye una manifestación inequívoca de trasladarse a ese fondo.

Expuso como excepciones las que demonio 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 o ineficacia de la afiliación por falta de causa, e inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, validez y eficacia del traslado entre administradoras de fondos de pensiones del RAIS y la innominada o genérica. (archivo 08).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

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

> *"PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, aplicación de la sentencia SL373 de 2021, falta de legitimación en la causa y presunción de legalidad de los actos administrativos propuestas por las demandadas, según lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.*
>
> *SEGUNDO: DECLARAR QUE EL TRASLADO de la señora ADRIANA PATRICIA FORERO HINCAPIE identificada con la C.C. 51.908.072, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, a través COLFONDOS S.A., fue ineficaz, y por consiguiente no produjo efectos jurídicos.*
>
> *TERCERO: DECLARAR que la demandante señora FORERO HINCAPIE, se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y que COLPENSIONES, tiene la obligación legal de validar la vinculación sin solución de continuidad, según las consideraciones expuestas.*
>
> *CUARTO: ORDENAR a la administradora de fondos de pensiones PROTECCIÓN S.A., como actual administradora de fondos de pensiones de la demandante, trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la vinculación de la actora, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, traslados de dineros de las otras administradoras de pensiones, todo lo anterior con sus frutos y rendimientos, debiendo devolver las primas de*

seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima, los valores utilizados en seguros previsionales y los gastos o comisiones de administración que en su momento descontó, los que deberán ser devueltos debidamente indexados y con cargo a sus propias utilidades.

QUINTO: CONDENAR a su vez a COLFONDOS S.A., a devolver gastos y comisiones de administración, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales con sus rendimientos e intereses, valores que deberá devolver debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, incluyendo los porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima valores que deberán ser devueltos debidamente indexados, por el tiempo en que la demandante estuvo vinculado con esa administradora de pensiones.

SEXTO: ORDENAR a COLPENSIONES, recibir el traslado de fondos que efectúen a favor de la demandante las codemandadas PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., y convalidarlos en la historia laboral respectiva para los efectos a que haya lugar en ese régimen pensional, según lo considerado.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas a las demandadas, en firme esta sentencia practíquese por Secretaría la liquidación de costas incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una, por valor de $1.000.000 M/Cte.

OCTAVO: SE DISPONE LA CONSULTA a favor de COLPENSIONES."

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* refirió en inicio que la actora a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no era beneficiaria del régimen de transición, ya que contaba con 54 semanas. No obstante, al alegar la falta al deber de información por parte de los fondos de pensiones, situación que conllevaría a la ineficacia del traslado de régimen pensional, refirió el Juez de instancia que era menester verificar el cumplimiento del mismo.

De esa forma, adujo que del examen del formulario de afiliación a través del cual se trasladó al régimen de ahorro individual a través de COLFONDOS S.A., no se podía colegir que se hubiese brindado a la gestora una información clara, suficiente, e ilustrada 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 a la actora de trasladarse de régimen, deber de información que fue consagrado desde la expedición de la Ley 100 de 1993.

Seguidamente, refirió que de las demás pruebas acopiadas en el trámite procesal, entre ellas del interrogatorio de parte que rindió la promotora no se

podía concluir que se le haya brindado la información necesaria al momento del traslado, incumpliendo así el fondo de pensiones primigenio con dicha carga probatoria, situación en la que persistir PROTECCIÓN S.A., siendo procedente la ineficacia del traslado ante la falta de información, junto con los traslado posteriores, 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 la administradora del régimen de prima media. Por último, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, entre ellas, la de prescripción y las condenó en costas y agencias en derecho.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES refirió en su alzada encontrar informidad frente a la condena en costas, pues la misma resulta improcedente al tratarse de un tercero de buena fe y que no podía aceptar el traslado de la gestora de conformidad con lo dispuesto en la ley, por lo que solicita se revoque la condena en costas de primera instancia y no se le condene en costas en esta instancia.

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 persuadida 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 advierte que pese a que se aportó un formulario de afiliación a COLFONDOS fechado el 3 de septiembre de 1997, el cual se encuentra suscrito por la gestora como vinculación inicial (f. 18 archivo 02); lo cierto es, que en el presente proceso se pudo establecer que el traslado de la gestora al régimen de ahorro individual con solidaridad se dio en el año 1995, sin que fuese aportado el formulario de afiliación mediante el cual se

materializó dicho trasladó de régimen a través de COLFONDOS S.A. el 1º de octubre de 1995; sin embargo, del reporte SIAP que obra a en el plenario se puede colegir que tal vinculación se hizo efectiva 1º de noviembre de 1995 (f. 77 archivo). Asimismo, se allegó formulario mediante el cual se trasladó a SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. el 15 de agosto de 2007, vinculación que se hizo efectiva el 1º de octubre de 2007 (f. 77 y 79 archivo 08).

Formularios que, si bien refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, 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, la demandante ADRIANA PATRICIA FORERO HINCAPIE en el interrogatorio de parte a ella practicado, expuso que es médico de profesión y que comenzó a laborar en 1991 para COMPENSAR, siendo afiliada en pensiones al ISS, agregando que para el año 1995 al vincularse con FAMISANAR, fue abordada por asesores de COLFONDOS los cuales le suministraron el formulario de afiliación, sin dar más información, el que procedió a diligenciar y suscribir, igualmente sostuvo que no fue obligada por sus empleadores para suscribir los formularios de afiliación a pensiones, no obstante, ante los comentarios de familiares y allegados sobre el escenario pensional en los fondos privados solicitó a PROTECCIÓN una proyección de su mesada pensional, la cual arrojo que sería aproximadamente el 20% de sus ingresos laborales, lo que motiva su intención de traslado de régimen.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de COLFONDOS S.A. al momento del traslado de la demandante, según lo ha adoctrinado la Sala de

Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, siendo evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo 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 1995, 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 COLFONDOS S.A., no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen de la promotora el 1º de octubre de 1995.

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

En lo atinente a la inconformidad que presenta COLPENSIONES respecto a la condena en costas, 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 o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, situaciones en las que esta incursa la apelante, por lo que es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas. Sobre el asunto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, recordó:

> *"Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.*
>
> *"En tal virtud, como en primera instancia la vencida en juicio fue la accionada, en cuanto prosperó la pretensión subsidiaria de pagar la devolución de saldos y a ella se opuso dicha entidad al contestar el libelo inicial, la decisión del Juzgado de condenarla en costas se ajusta a derecho; máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón".*

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

> *"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).*
>
> *"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.*

De ese modo, luce acertada la decisión del *a-quo,* al declarar la ineficacia del traslado y ordenar la devolución de las sumas que dispuso en la sentencia de instancia, entre ellas, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima indexados. Corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente.

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 15 de febrero de 2023 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente. Se fija 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

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 23 2022 00046 01**
Demandante: JESÚS MARIA VEGA MUÑOZ
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES en contra de la sentencia proferida por el 20 de octubre de 2022 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JESÚS MARIA VEGA MUÑOZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, a fin que se le reconozca y pague pensión de sobrevivientes desde el 27 de septiembre de 2019, junto con los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación de las mesadas causadas, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita* y las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que inició vida marital con CARLOS ALBERTO RUBIO ROJAS desde el 1º de mayo de 1988 y hasta el 27 de septiembre de 2019 fecha del óbito del último; convivencia que perduró por espacio de treinta y un años, lapso en el que compartieron lecho, techo y mesa. Relación que fue conocida por la familia del demandante, mas no por la familia del fallecido, ya que no tenía hijos, padres, o hermanos, situación que corroboran los testigos en declaraciones extra juicio.

Adicionalmente, expuso que desde el inicio la relación con el causante fue solidaria y reciproca en temas de salud, pues siempre estuvo pendiente de la salud de su compañero la que se fue deteriorando dada su avanzada edad, precisando que ante las autoridades de salud la pareja se hacía pasar como tío y sobrino, lo que se colige con la historia clínica del *de cujus*, entre otras con la anotación 20 de septiembre de 2013.

Igualmente, informa que legalizaron la unión ante la Notaria 19 de Bogotá el 22 de mayo de 2018 mediante escritura pública No. 1442, en la que se dejó sentado que los comparecientes mantenían comunidad de vida permanente y singular desde el 1º de mayo de 1988 hasta la fecha, que no habían contraído matrimonio entre sí, ni con terceras personas, no tenían uniones maritales de hecho vigentes, ni hijos de uniones anteriores. Además, indicó que la pareja de común acuerdo decidió protocolizar escritura pública de nuda propiedad - usufructo del apartamento en donde vivían, lo que le garantizó al actor la nuda propiedad, reservándose el usufructo de por vida, usufructo que fue cancelado posteriormente mediante la escritura pública No. 2240 de 13 de mayo de 2009. De la misma forma, el causante el 20 de diciembre de 2014 ante la Notaría 9ª de Bogotá, expresó su voluntad testamentaria mediante escritura pública No. 8.350, en la que dejo como heredero universal al actor.

Seguidamente, señaló que pese a que junto con su pareja habían manifestado bajo juramento que desde el 1º de mayo de 1988 hacían vida en común, la misma no era

visible ante la sociedad, para evitar ser discriminados, más si se tiene en cuenta que al inicio de la convivencia el pensionado contaba con 58 años y el actor con 25 años, agregando que el año 1988 no existía derechos para las parejas del mismo sexo, como tampoco para las personas homosexuales.

A su vez, refirió que desde 2012 hasta 2019 dieron apertura a varios Certificados de Depósito a Término, en los que aparece como titular principal el causante y como titular secundario el actor y además el 22 de diciembre de 2008 suscribieron contrato de arrendamiento del apartamento 506 ubicado en la calle 62 No 3 B 53.

En otro giro, adujo que al fallecer su compañero solicitó a COLPENSIONES la pensión de sobrevivientes, la cual negó la prestación pensional mediante resolución SUB 342969 de 16 de diciembre de 2019, decisión que se basó en la investigación administrativa la cual no fue adecuada, decisión que confirmó la entidad mediante resoluciones SUB 46391 de 20 de febrero de 2020 y DPE 4209 de 12 de marzo de 2020, en las que la pasiva desconoció las pruebas que daban cuenta de la convivencia. (archivo 01)

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda, arguyendo que el demandante no acredita el cabal cumplimiento de los requisitos legales para la obtención de la prestación que reclama a través de la presente acción.

Como excepciones de fondo propuso las de falta de causa para pedir, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, prescripción, compensación, cobro de lo no debido, no configuración de condena por intereses moratorios y la innominada o genérica. (archivo 07)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 20 de octubre de 2022, condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor del

demandante, la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del pensionado CARLOS ALBERTO RUBIO ROJAS, a partir del 27 de Septiembre de 2019, en cuantía inicial igual al 100% de la suma devengada por el causante al momento de su fallecimiento, con los reajustes legales anuales, teniendo en cuenta que para el año 2019 el valor de la mesada pensional correspondía a $828.116. Mesadas pensionales que deberán reconocerse debidamente indexadas desde la fecha de su causación hasta el momento de su pago. Además, autorizó descontar del retroactivo pensional los aportes a salud.

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* comenzó por precisar que, de acuerdo a la fecha de fallecimiento del causante, esto es, el 27 de septiembre de 2019 las normas aplicables a la presente controversia refieren a los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que modificaron los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993.

A continuación, al analizar las pruebas aportadas al plenario encontró que se aportó escritura pública No. 1442 de 22 de mayo de 2018, consistente en acto de constitución de régimen patrimonial especial de personas del mismo sexo, en la que son otorgantes CARLOS ALBERTO RUBIO ROJAS y JESÚS MARÍA VEGA MUÑOZ, en la que se indica que hacían vida en común desde el 1º de mayo de 1998 hasta la fecha, igualmente se aportan declaraciones extra juicio rendidas el 6 de noviembre de 2019 por EDGAR AUGUSTO ARTUNDUAGA y FERNANDO HERREÑO BARBOSA en las que manifiestan que cada uno conoció de vista y trato al señor CARLOS ALBERTO RUBIO ROJAS, quien era de estado civil soltero, con unión marital y quien convivio de manera permanente con el demandante, compartiendo techo lecho y mesa desde el 1º de mayo de 1998 hasta el fallecimiento del pensionado.

Igualmente, rindió declaración extra juicio LIBARDO SANCHEZ QUINTERO el 17 de marzo de 2020, quién dijo que conoció por espacio de diecinueve años al *de cujus,* por lo que le consta que mantuvo unión marital de hecho con el promotor desde septiembre de 2000 y hasta el fallecimiento de éste. También en declaración extra juicio rendida por HILDA MARÍA FORERO VELASQUEZ el 17 de marzo de 2020, sostuvo que conoció por espacio de veinte años al pensionado, por lo que le consta que aquel convivio con el gestor, y que como amiga da fe que convivieron bajo el

mismo techo, compartiendo lecho y mesa desde septiembre de 1999 hasta el fallecimiento de causante.

De la misma forma, se practicó el testimonio de JOSÉ BULLA ESPITIA el cual dijo que conocía al demandante hace aproximadamente veintidós años y que sabía que vivía con CARLOS ALBERTO, porque fue al apartamento de chapinero alto donde vivían, y además se veían cada dos meses y compartían cumpleaños, veían partidos de futbol, les llevaba flores y siempre los vio juntos y estuvo en el sepelio del causante. Añadió que la pareja vivió en la 62 con 4ª en Chapinero Alto y que eran muy afectuosos como pareja y que sabía que tenían un negocio de seguros en los juzgados del cual provenían sus ingresos.

El testigo FERNANDO HERREÑO BARBOSA dijo que es amigo del demandante hace aproximadamente veinte años, que conoció a su pareja CARLOS desde ese mismo periodo de tiempo, que vivieron en el mismo edificio que ellos llegaron a vivir dos años después y desde ese momento compartieron hasta la muerte de CARLOS. Precisó que éste último perteneció al consejo del edificio, que iban a su apartamento como pareja y viceversa y se veían entrando y saliendo regularmente del edificio. Que cada cuatro o seis meses se invitaban al apartamento a tomar tinto o vino y compartían en diferentes eventos, y que sabía que CARLOS tenía complicaciones de salud, y fue con su pareja a visitarlo y hablo con JESUS del estado de salud del causante. Además, expuso que el actor le daba alimentación y le lavaba la ropa y que en alguna oportunidad ellos se acercaron al apartamento a preguntarle sobre la unión marital de hecho, y les dieron orientación y JESUS después les comentó que la realizaron.

Por su parte, el demandante en el interrogatorio de parte que rindió, narro que CARLOS ALBERTO RUBIO fue su pareja y que convivio con él hasta su muerte y que lo conoció en girón a finales de 1987 y después CARLOS le dijo que tenía intención de vivir en Bogotá, lo cual llevó a cabo en mayo de 1988 cuando se fue a vivir al barrio la Castellana, que vivía muy cerca al bario san Fernando y que de la Castellana se fueron a vivir a la 47 con 13 y después se fueron al barrio Internacional, que desde 1988 hasta el fallecimiento siempre convivieron y que CARLOS ALBERTO tenía

muchas enfermedades desde 2014 y se la pasaban en la clínica. Además, señaló que estuvo presente en el sepelio del pensionado el cual se llevó a cabo en Jardines del Recuerdo y que él cobró el auxilio funerario, a su vez, señaló que ultimo domicilio de la pareja fue Balcones de Alta Loma ubicado en la calle 62 con 3ª, desde abril de 1999 hasta 2019 y que allí vivieron solo los dos.

Acorde con lo anterior, concluyó el fallador de instancia que se había probado la calidad de beneficiario del actor, pues demostró la condición de compañero permanente del causante y que convivieron por lo menos desde mayo de 1998 hasta el 27 de septiembre de 2019, fecha del fallecimiento de CARLOS ALBERTO RUBIO. En consecuencia, condenó a la demandada a pagar la pensión de sobrevivientes a partir del 27 de septiembre de 2019, en cuantía del cien por ciento del monto que venía percibiendo el pensionado a la fecha de su deceso, esto es, $828.166 es decir el salario mínimo para es calenda, suma que debe reajustarse mensualmente. De otro lado, absolvió del pago de intereses moratorios a la encartada, dado que el proceder de la entidad no fue caprichoso, indicando que fue en virtud del presente tramite que se determinó el reconocimiento del derecho pensional, en su lugar, ordenó la indexación de las mesadas desde su causación y hasta su pago.

Declaró no probada la excepción de prescripción dado que la prestación se ordenó reconocer desde el 27 de septiembre de 2019, la reclamación se elevó el 6 de noviembre de 2019 y la demanda se radicó el 28 de enero de 2022, es decir, que no opero el fenómeno prescriptivo. Finalmente, condenó en costas a la demandada.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la demandada COLPENSIONES la apeló. En su alzada expuso que fruto de la investigación administrativa que adelantó la entidad, se pudo establecer que el demandante no acreditó el requisito de convivencia con el causante por un tiempo superior a cinco años, aspecto que quedó ampliamente probado en el desarrollo del trámite procesal, lo cual manifestó en los actos administrativos en los que negó la pensión, por lo cual no procedería el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes que se reclama. De otra parte, dijo

que las mesadas son actualizadas anualmente conforme a la ley, por lo que no procedería la indexación, aunado a que la entidad ha actuado de forma diligente en el desarrollo del proceso sin realizar maniobras dilatorias que generen el cobro de costas, por tanto, solicita se revoque el fallo de primer grado.

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 el señor JESUS MARÍA VEGA MUÑOZ en calidad de compañero permanente del causante señor CARLOS ALBERTO RUBIO ROJAS (q.e.p.d.), le asiste derecho al reconocimiento y pago de la sustitución pensional.

c. De la calidad de pensionado:

Previo a abordar el fundamento del asunto *sub examine*, es menester que la Sala precise que no fue objeto de reproche que al causante CARLOS ALBERTO RUBIO ROJAS (q.e.p.d.), el extinto ISS mediante Resolución No. 9642 de 10 de diciembre de 1990 le reconoció pensión de vejez a partir del 11 de septiembre de 1990, pensión que al retiro de la nómina equivalía a $828.116, según se indica en Resolución SUB 342969 de 16 de diciembre de 2019. (f. 137 a 140 archivo 01).

Tampoco el hecho que, con ocasión del fallecimiento del causante, COLPENSIONES mediante Resoluciones SUB 342969 de 16 de diciembre de 2019, SUB 46391 del 20 de febrero de 2020 y DPE 4209 de 12 de marzo de 2020 negó el reconocimiento de

la prestación deprecada por el demandante. (f. 137 a 140, 142 a 147 y 149 a 154 archivo 01).

d. De la pensión de sobrevivientes:

Así las cosas, se advierte que conforme lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras, en sentencia SL2075-2021, Radicación No. 83457 del 19 de mayo de 2021, la norma que regula la materia de la pensión de sobrevivientes pretendida es la vigente al momento del óbito del causante, de modo que, para el presente evento refiere a los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que modificaron los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, en virtud a que el fallecimiento del causante señor CARLOS ALBERTO RUBIO ROJAS (q.e.p.d.), sucedió el 27 de septiembre de 2019 como da cuenta la copia del Registro Civil de Defunción (f. 34 archivo 01).

Al respecto, imperioso resulta traer a colación lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, el cual señala sobre los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes, lo siguiente:

> *"1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca".*

A su turno, el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, señala respecto de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo siguiente:

> *"Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*
>
> *"a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;*

Dicha normativa regula que son beneficiarios de la pensión los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca,

teniéndose entre estos, en forma vitalicia, al cónyuge o compañero permanente, siempre y cuando se acredite que hizo vida marital con el causante y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1399-2018, Radicación No. 45779 del 25 de abril de 2018, expuso sobre la transversalidad de la convivencia lo siguiente:

> *"Según la disposición reproducida la convivencia por un lapso no inferior a 5 años es transversal y condicionante del surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, tanto en beneficio de los (las) compañeros (as) permanentes como de los cónyuges (SL4925-2015). Por convivencia ha entendido la Corte que es aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605).*
>
> *"Así, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común. Lo anterior, excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida".*

Deviene de lo expuesto, reiterar que en el caso del compañero permanente se debe acreditar los cinco (5) años de convivencia antes de la fecha del deceso del pensionado, así lo ha indicado el órgano de cierre de esta jurisdicción en reiteradas oportunidades, entre otras, en sentencia SL-362 del 2021, Radicación No. 86239 de 10 de febrero de 2021:

> *"De acuerdo con lo anterior, la convivencia de los compañeros permanentes debe constatarse en los 5 años previos al fallecimiento del pensionado (…), puesto que, a diferencia del vínculo matrimonial, cuyas obligaciones personales no se agotan por la separación de facto, en tratándose de las uniones maritales de hecho, la cesación de la comunidad de vida tiene un efecto conclusivo de la unión y de sus obligaciones y deberes personales, y por ende el compañero deja de pertenecer al grupo familiar.*

"Vale aclarar que esta distinción, aunque podría parecer artificiosa y contraria al principio de no discriminación, en realidad no lo es, ya que se funda en las especificidades propias del matrimonio y de la unión marital de hecho, único criterio que ha sido aceptado por la jurisprudencia constitucional como legítimo para establecer diferencias entre cada uno de estos vínculos familiares (C-1035-2008)."

En consonancia con lo expuesto, huelga recordar que la finalidad de la pensión de sobrevivientes es proteger al grupo familiar del afiliado o pensionado que fallece, incluyendo el integrado por parejas del mismo sexo, evento en el cual, para demostrar la convivencia, en tratándose de parejas del mismo sexo no se requiere prueba *ad substantiam actus*, dado que opera la libertad probatoria, tal como se ha expuesto, entre otras en sentencia SL4549-2019.

e. Del caso en concreto:

Decantadas las normas y el precedente judicial que regula el asunto, al descender al caso de marras, se advierte que obra en el informativo escritura pública No. 1442 de 22 de mayo de 2018 de acto de constitución de régimen patrimonial especial de personas del mismo sexo, en la que son otorgantes CARLOS ALBERTO RUBIO ROJAS y JESÚS MARÍA VEGA MUÑOZ, documento en el que los otorgantes manifiestan que bajo juramento que hacen vida en comunidad de vida permanente y singular desde el 1º de mayo de 1988 hasta la fecha, igualmente se aporta; igualmente, obra escritura pública No. 8350 de 20 de diciembre de 2014, contentiva de testamento abierto otorgado por el causante, en el manifiesta que sus padres están fallecidos, es soltero, no hace vida marital con ninguna persona, no ha contraído matrimonio y no tiene hijos matrimoniales, extramatrimoniales ni adoptivos y designa como su heredero universal al demandante. (f. 95 a 104 y 105 a 110 archivo 01).

A su vez, yace en el proceso certificación emitida por el Banco Finandina expedida el 6 de marzo de 2020 en la que se certifica el historial de movimientos de títulos desde el 5 de enero de 2012 al 6 de marzo de 2020 en la que se evidencia que por lo menos desde el 17 de abril de 2012 al 16 de junio de 2019, los títulos tenían como titular principal al causante y como titular secundario al actor. (f. 127 a 128 archivo 01).

También se encuentran en el plenario declaraciones extrajuicio rendidas el 6 de noviembre de 2019 por EDGAR AUGUSTO ARTUNDUAGA y FERNANDO HERREÑO BARBOSA en las que manifiestan que cada uno conoció desde el año 2000 de vista y trato al señor CARLOS ALBERTO RUBIO ROJAS, quien era de estado civil soltero, con unión marital y quien convivio de manera permanente con el accionante, compartiendo techo lecho y mesa desde el 1º de mayo de 1998 hasta el fallecimiento del *de cujus*. (f. 158 a 161 archivo 01).

Igualmente, se encuentran declaraciones extrajuicio rendidas por LIBARDO SANCHEZ QUINTERO e HILDA MARÍA FORERO VELASQUEZ el 17 de marzo de 2020, quienes dijeron conocer al pensionado por espacio de veinte años, motivo por el cual les consta que éste hacia unión marital de hecho con el demandante, compartiendo techo, lecho y mesa desde septiembre de 1999 y septiembre de 2000, respectivamente la cual se mantuvo hasta el fallecimiento del señor CARLOS ALBERTO RUBIO ROJAS. (f. 162 a 165 archivo 01).

De la misma forma, en el transcurrir del trámite procesal se practicó el interrogatorio de parte del señor JESUS MARÍA VEGA MUÑOZ, quien indicó que CARLOS ALBERTO RUBIO ROJAS era su pareja sentimental desde 1988, aclarando que se conocieron a finales de 1987 en Girón Santander, y como él vivía en Bogotá, el causante decide trasladar su residencia para esta misma ciudad, por lo que llegó a vivir en mayo de 1988 al barrio La Castellana, el cual quedaba cerca del barrio San Fernando en donde él vivía; para el año 1989 compraron el negocio de fotocopiado en los Juzgados Civiles en 1989 en la carrera 10 No. 14-33.

Seguidamente, relató que de La Castellana se trasladaron a vivir al edificio Roxan en la Calle 47 con 13 en Bogotá, posteriormente se fueron a vivir al Centro Internacional y en 1999 compraron el apartamento en Balcones de Alta Loma, sosteniendo que desde esa fecha continuaron la relación como pareja, es decir, que estuvieron juntos por espacio de treinta y un (31) años desde 1988 hasta el fallecimiento de su compañero en 2019, precisando que siempre convivieron durante ese lapso.

De otra parte, narró que el causante padecía de varias enfermedades como hipertensión y diabetes mellitus II, precisando la medicación para cada una de estas patologías; igualmente, sostuvo que a raíz de la diabetes padeció una neuropatía en el costado izquierdo que le ocasionaba dolores severos, acotando que en 2017 lo llevaron a la Clínica Marly por una infección general, y que además tuvo una etapa de hemodiálisis por espacio de tres meses, motivo por el cual debían asistir tres veces a la semana al Policlínico del Olaya de madrugada, lo que a la postre le ocasionó una infección urinaria, sin que los medicamentos surtieran mayor efecto, situación que persistió desde 2014 hasta el fallecimiento del *de cujus*.

Informó que estuvo presente en el sepelio del pensionado, el cual se llevó a cabo en Jardines del Recuerdo en la ciudad de Bogotá, el cual en inicio se costeó con los dineros que tenían en la cuenta de ahorros a la cual él tenía acceso y que posteriormente solicitó el reembolso del auxilio funerario el cual le fue reconocido. En cuanto al tema de la afiliación de salud, dijo que él era cotizante independiente.

Reiterando que el último lugar de convivencia con su pareja fue la calle 62 No. 3B-53 apartamento 506 edificio Balcones de Alta Loma II, allí habitaron desde 1999 hasta 2019, aclarando que en ese lugar vivían los dos solos, sin que nadie les colaborara. En cuanto a la investigación administrativa que llevó a cabo la entidad, señaló que el día en que fue el investigador le pidió unas pruebas que no pudo entregar en su totalidad y además entrevistaron a los vigilantes y a la persona encargada del aseo del edificio, quienes no llevaban más de un año, por ende, no podían dar cuenta de su convivencia por un lapso superior a cinco años con CARLOS ALBERTO, y que la vecina quien si los conocía y podía dar cuenta de la convivencia con su pareja, no se encontraba en su momento en el apartamento, por eso el resultado de la investigación.

Por su parte, el testigo JOSE BAUDILIO BULLA dijo que es amigo del demandante hace veinte años; refiere que conoció a CARLOS ALBERTO RUBIO ROJAS en una fiesta de cumpleaños y que convivían hace unos veinte años. Asimismo, señaló que conocía que tenían una aseguradora para los Juzgados y que fue al apartamento que

tenían en Chapinero Alto en un cumpleaños y después los frecuentó en varias ocasiones antes que falleciera el causante, quien tenía problemas de salud por diabetes, acotando que se veía con la pareja cada dos meses cuando se reunían a ver partidos de futbol o a festejar cumpleaños.

Adicionalmente, expuso que no supo de alguna separación entre los compañeros permanentes, pues cuando los visitó siempre los vio juntos, enfatizando que acompañó al actor en el sepelio del pensionado al que fueron pocas personas, reiterando que conocía que vivían hace más de veinte años y que el último lugar de convivencia de la pareja fue en Chapinero Alto, destacando que en las reuniones vio que eran afectuosos entre ellos, y que le constaba que la pareja tenía el negocio de seguros, el actor trabajaba y además el causante tenía unas propiedades, por lo que compartían los gastos.

Por su parte, el testigo FERNANDO HERREÑO BARBOSA manifestó que conoce al demandante y a CARLOS ALBERTO RUBIO ROJAS, de quienes supo que eran pareja hace más de veinte años, dado que él vive en el mismo edificio en donde vivían, ya que él llegó en 1997 y el promotor y el causante llegaron a vivir dos años después, y los frecuentó hasta la muerte de este último, precisando que el edificio es Balcones de Alta Loma II el cual se ubica en la calle 62 hoy día No. 4-13, acotando que ellos vivían en un quinto piso y él y su pareja en un segundo piso.

Asimismo, narró que el compartía con la pareja a raíz de que CARLOS ALBERTO hizo parte de la presidencia del consejo de administración de la propiedad horizontal, y él también colaboraba, por lo que comenzaron una amistad y posteriormente conoció al actor, relatando que él y su pareja frecuentaban el apartamento y viceversa, y además regularmente se veían ya que eran vecinos y que cada seis meses departían.

De otra parte, señaló que conocía que CARLOS ALBERTO padecía quebrantos de salud por lo que lo visitaron cuando estuvo enfermo, siendo el actor quien lo atendía y además le proporcionaba la alimentación y le arreglaba la ropa, enfatizando que

el accionante estaba completamente dedicado al causante, además informó que no estuvo presente en el sepelio porque estaba fuera de la ciudad.

Bajo ese escenario, este Juez Colegiado puede concluir que si bien los compañeros permanentes mediante escritura pública manifestaron que hacían vida marital de hecho desde el 1º de mayo de 1988, lo cierto, es que no se puede colegir que desde esa calenda en efecto hayan convivido; sin embargo, de las demás pruebas acopiadas en el trámite procesal se puede extraer una convivencia efectiva de la pareja por lo menos desde noviembre de 1999, lo que se acompasa con las declaraciones extrajuicio rendidas por EDGAR RAMIREZ ARTUNDUAGA, HILDA MARÍA FORERO VELASQUEZ y FERNANDO HERREÑO BARBOSA, versión que este último reitero en la declaración que vertió ante el Juzgado de origen, donde indicó que él y su pareja vivían en el mismo edificio del actor y su compañero permanente desde 1997 y que éstos dos llegaron a vivir a ese lugar dos años después, es decir, en 1999.

En cuanto al extremo final de la convivencia de la pareja todos los declarantes fueron contestes en afirmar que el demandante y el señor CARLOS ALBERTO RUBIO ROJAS convivieron de manera ininterrumpida hasta el día del deceso de este último, es decir, hasta el 27 de septiembre de 2019. Aunado que del acervo probatorio puede colegir que los compañeros permanentes siempre estuvieron prestos a proveerse ayuda y socorro mutuo, aunado a que se apoyaban tanto en lo espiritual, como en lo físico, pues nótese que el actor fue contundente y espontaneo en informar las patologías y el tratamiento médico que recibía su compañero permanente y en señalar que lo acompañaba a las citas médicas, lo cual confirmaron los testigos, aunado que de las pruebas allegadas al informativo también se puede extraer que se ayudaban en lo económico, lo que igualmente corroboró el testigo JOSE BAUDILIO BULLA, quien dijo que la pareja compartía los gastos, a lo que se suman los registros fotográficos que se aportaron con la demanda, los cuales dan cuenta de que la relación perduró con el paso del tiempo por un lapso superior a los cinco años anteriores al deceso del pensionado.

De esa forma, para la Sala los argumentos de la entidad para abstenerse de conceder la sustitución pensional al actor quedan derruidos; ya que según se extrae de las resoluciones que negaron la prestación, la investigación se basó en los testimonios de personal del edificio en el que vivía el actor y el causante, quienes solo llevaban laborando cinco meses y un año en el lugar, por lo que poco o nada podían decir de la convivencia real y efectiva de la pareja, dejando por fuera el de vecinos y amigos que si tuvieron contacto de primera mano con el actor y su compañero permanente.

Además, tampoco es de recibo el argumento esgrimido en la investigación referente a que no se había podido obtener el testimonio de familiares que acreditan la convivencia de la pareja, ya que en casos como este es diáfano que existe libertad probatoria, resultando ilógico truncar el derecho bajo tales argumentos, máxime cuando la demandada debió tener en cuenta que la relación que aquí se pretendía corroborar pese en la actualidad es un tema de amplio conocimiento y desarrollo, no deja de ser socialmente controvertida en algunos escenarios al tratarse de la convivencia de una pareja del mismo sexo, lo compele a que en estos casos las investigaciones no se adelanten con ligereza al tocar temas tan íntimos y personales como es la sexualidad de las personas, dado que en alguno casos estas no exteriorizan su orientación sexual por temor a ser discriminados, por lo que la entidad debió ser más acuciosa para tratar se desentrañar si en efecto se acreditaba el cumplimiento del requisito de convivencia por parte del actor con el pensionado fallecido.

En virtud de lo anterior, para esta Colegiatura se ha demostrado la convivencia del demandante con el señor CARLOS ALBERTO RUBIO ROJAS (q.e.p.d.), entre 1º de noviembre de 1999 y el 27 de septiembre de 2019, durante los últimos cinco años de vida del causante, tal como lo concluyo el Juez de instancia. En esa medida, el valor de la prestación pensional corresponde al cien por ciento del monto que venía percibiendo el señor CARLOS ALBERTO RUBIO ROJAS al momento de su óbito el 27 de septiembre de 2019, el cual según se indica en Resolución SUB342969 de 2019 correspondía a la suma de $828.116, es decir, el salario mínimo mensual legal vigente para esa anualidad, como lo determinó el operador judicial de instancia.

Ahora, frente a la manifestación de la apelante de que no procede la indexación ordenada, conviene mencionar que por mandato legal las mesadas pensionales deben ser reajustadas de oficio anualmente conforme lo normado en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, más si se trata de pensiones establecidas sobre el salario mínimo, aspecto que ha sido reiterado por el órgano de cierre de esta especialidad, entre otras, en sentencia SL1170-2023. En consecuencia, tal como lo determinó el Juez de primer grado, procede el reajuste de ley de las mesadas adeudadas.

Entre tanto, la indexación de las mesadas adeudadas, según se dijo en sentencia SL160-2023, surge de la necesidad de compensar el efecto inflacionario que sufre el valor de las obligaciones adeudadas con el simple transcurrir del tiempo. Para ello deberá tenerse en cuenta la aplicación de la siguiente fórmula: VA= VH x (IPCF/IPCI), en la cual el IPC inicial corresponde al vigente para cuando debió sufragarse cada mesada, y el IPC final al existente para el momento en que efectivamente se cancele lo adeudado. Tal como se dedujo en la sentencia objeto de censura; luego, el reajuste legal anual de la mesada no comporta la indexación de las mesadas adeudadas, dado que su fuente es diferente, pues la primera es inherente a la pensión y la segunda refiere a la compensación de la inflación de la obligación, es decir, que se trata de consecuencias jurídicas y económicas diferentes.

Recuérdese que según sentencia SL1026-2023 "*la indexación lo que persigue es la actualización del valor de unas mesadas pensionales que, aunque se causaron, no se pagaron oportunamente. En otros términos, lo que se implora a través de este mecanismo es la corrección monetaria de los dineros adeudados por cada mesada impagada, por el simple hecho de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda*." Indexación que resulta procedente en un caso como este en que no se accedió al pago de intereses moratorios, motivo por el cual no tiene viso de prosperidad el argumento de COLPENSIONES en su alzada.

En otro giro, y como quiera que se propuso la excepción de prescripción por parte de la encartada, y dado que la prestación se reconoce a partir del 27 de septiembre de 2019, el actor solicitó la pensión el 6 de noviembre de 2019 y la demanda se impetró el 28 de enero de 2022, es claro que no operó el fenómeno prescriptivo, de

conformidad con lo establecido en los artículos 488 y 489 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S. (f. 137 archivo 01 y archivo 02).

De otra parte, se encuentra que sobre el retroactivo reconocido en primer grado se dispuso, autorizar a COLPENSIONES efectuar los correspondientes descuentos a salud, sin embargo, debe la Sala precisar que la pensión debe ser reconocida sobre sobre 14 mesadas pensionales al año dada la fecha en que se causó la pensión de vejez que hoy se sustituye, esto en consonancia con lo dispuesto en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 1o del Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que la sentencia de primer grado se adicionará en tal aspecto y se confirmará en lo demás.

Finalmente, en lo atinente a la inconformidad que presenta COLPENSIONES respecto a la condena en costas, 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 o a la que no le resulte avante la alzada, luego, al haber sido evidente que esa accionada se opuso a las pretensiones de la demanda y la apelación no fue prospera, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas, tal como lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021.

COSTAS en esta instancia a cargo de la apelante.

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 primero de la sentencia de 20 de octubre de 2022 emitida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido

de precisar que la pensión de sobrevivientes debe ser reconocida sobre sobre catorce (14) mesadas anuales, por las razones antes expuestas.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

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

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 **23 2022 00310 01**
Demandante:	LUIS ALFONSO ZAMORA VÁSQUEZ
Demandados:	COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada MARÍA ALEJANDRA BARRAGÁN COAVA, identificada con cédula de ciudadanía 1.063.300.940 y T.P. 305.329 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

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 decisión adoptada en primer grado el 8 de mayo de 2023 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor LUIS ALFONSO ZAMORA VÁSQUEZ promovió demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN SA., a fin de declararse la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que efectuara a través de PROTECCIÓN S.A.

Por consiguiente, se condene a PROTECCIÓN S.A. devolver al Régimen de Prima Media con Prestación Definida todos los valores que hubiese recibido por motivo de su afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas de las aseguradoras con todos sus frutos, como son rendimientos financieros, intereses y gastos de administración, condenando a su vez a COLPENSIONES validar los aportes en pensiones e incorporarlos en su historia laboral, así como al pago de costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, indicó que fue trasladado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A. el 1º de enero de 2010, sin que esta última al momento del traslado hubiese suministrado un buen consejo, como quiera que no le brindó una información clara y completa de los beneficios, desventajas y/o consecuencias del traslado.

Por último, indicó que solicitó ante PROTECCIÓN S.A. el traslado de régimen pensional, el cual fue negado.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, bajo el entendido que al demandante le fue suministrada una asesoría integral y completa respecto a todas las implicaciones de su decisión, sin omitir información e indicando claramente todas las características, regulaciones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y su funcionamiento, así como los rasgos diferenciadores respecto al Régimen de Prima Media con Prestación Definida señalando con total claridad que la forma de construir la pensión en uno y otro son distintas y excluyentes, sin que pueda hablarse de situación más ventajosa o desventajosa en uno y otro, pues simplemente son regímenes diferentes y excluyentes, correspondiendo al afiliado realzar su propio juicio de favorabilidad de acuerdo a sus condiciones particulares, tal y como lo hizo la 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 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 derecho de terceros de buena fe y aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto.

COLPENSIONES por su parte indicó que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado señalada en la Ley 797 de 2003 que modificó la Ley 100 de 1993, haciéndose imposible tener al actor como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues tal situación contravendría no solo disposiciones de carácter legal, sino también se encontraría en contravención del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, lo que acarrearía una descapitalización del fondo común administrado por COLPENSIONES.

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 y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 8 de mayo de 2023, resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la **INEFICACIA** de la afiliación o traslado del demandante LUIS ALFONSO ZAMORA VÁSQUEZ al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la **SOCIEDAD***

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.*, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.*

SEGUNDO: CONDENAR *a la demandada* ***SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.*** *a devolver o trasladar a la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES****, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante* ***LUIS ALFONSO ZAMORA VASQUEZ****, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora, sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, incluidos los gastos administración, 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.*

TERCERO: CONDENAR *a la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES*** *a recibir al señor* ***LUIS ALFONSO ZAMORA VASQUEZ*** *en el Régimen de Prima Media, como si nunca se hubiese retirado de dicho régimen y a corregir su historia laboral, conforme a las semanas cotizadas en el Régimen de Ahorro Individual.*

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

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS *a la demandada* ***SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.***

SEXTO: ORDENAR *así fuere apelado este fallo en su oportunidad, se surta el grado jurisdiccional de* ***CONSULTA*** *ante el Superior, en razón que las pretensiones son adversas a* ***COLPENSIONES****."*

Para arribar a dicha conclusión, el operador de instancia indicó que, de conformidad con los postulados emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es obligación de las AFP suministrar al potencial afiliado una información completa, suficiente y necesaria sobre las reales implicaciones que conllevaría al régimen anterior y las posibles consecuencias futuras, adicional al hecho que en los asuntos como el presente opera la inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Por tal razón, el *a-quo* concluyó que en el asunto de marras PROTECCIÓN S.A. no logró demostrar la debida información y buen consejo que debió suministrarle al actor al momento del traslado, en especial las características, ventajas y desventajas de cada uno de sus regímenes pensionales, como tampoco las consecuencias que le implicaría trasladarse con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, carga probatoria plenamente demostrativa en cabeza

de la AFP, de allí que la ineficacia se torne ineficaz, máxime si del interrogatorio de parte rendido por el demandante no se extrajo una confesión acerca de la buena asesoría y buen consejo.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

El presente proceso se estudia 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., como quiera que la sentencia proferida en primera instancia fue adversas a sus intereses.

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 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 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la ING PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PROTECCIÓN S.A. el 24 de noviembre de 2009 (Fl. 27 – PDF 10 CONTESTACIÓN DEMANDA), 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 LUIS ALFONSO ZAMORA VÁSQUEZ en el interrogatorio de parte a él 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. en el año 2009 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; por el contrario, lo que manifestó fue recordar que un asesor de PROTECCIÓN S.A. de entonces le indicó que al trasladarse de régimen pensional podría obtener beneficios para préstamos y vivienda, pero 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:*

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,	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 2009, una *"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*".

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, 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.

"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 la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la

aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se 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.

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

> *"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).*

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

Así las cosas, es evidente que los gastos de administración deban indexarse, más aún cuando tal aspecto en manera alguna se compensa por los rendimientos, aspectos todos por lo que la decisión de primera instancia habrá de confirmarse.

SIN COSTAS en esta instancia como quiera que el proceso se estudia 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: CONFIRMAR la sentencia proferida el 8 de mayo de 2023 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.
Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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 de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral:	1100131050 **24 2021 00453 01**
Demandante:	MÓNICA GABRIELA SILVA CASTILLO
Demandados:	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada DIANA LEONOR TORRES SALDANA, identificada con cédula de ciudadanía 1.069.733.703 y T.P. 235.865 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 5 de mayo de 2023 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MÓNICA GABRIELA SILVA CASTILLO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., con la finalidad que se declare la nulidad del traslado y la afiliación que realizó al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Consecuencialmente, pretende se condene a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES las sumas que obren en la cuenta individual de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales aseguradas, rendimientos causados, así como los frutos e intereses sin descontar la cuota de administración como lo dispone el artículo 1746 del C.C., además, se condene al pago de costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 2 de junio de 1965 y se vinculó al sistema general de pensiones el 26 de enero de 1994 a través del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES en donde alcanzó 243.7 semanas. Asimismo, destacó que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad en diciembre de 1998 a través de PORVENIR, donde cuenta con 1075.5 semanas.

Seguidamente, narró que el asesor del fondo privado no le explicó de forma clara y expresa las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, omitiendo aspectos como que en el régimen de ahorro individual su mesada pensional correspondería al valor ahorrado, por lo que no fue informada al momento de tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional y menos aún durante su permanencia en ese fondo. Por último, destacó que en la actualidad tiene 1319 semanas y se encuentra afiliada a PORVENIR S.A. (archivo 02).

De esa forma, se encuentra que en inicio la demanda correspondió por reparto al Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Barranquilla, el cual rechazó de plano la demanda, declaró la falta de competencia por factor territorial y dispuso remitir las diligencias a sus homólogos de esta ciudad, mediante proveído de 6 de septiembre de 2021. (archivo 03).

En virtud de lo anterior, el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, avocó conocimiento de la acción y admitió la demanda por auto de 8 de abril de 2022. (archivo 06).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que la afiliación que realizó la demandante a ese fondo el 27 de octubre de 1998, fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada tal como se aprecia en la solicitud de vinculación, permaneciendo de forma voluntaria en ese régimen por más de veinticuatro años, sin manifestar inconformidad alguna y sin que se pueda probar la nulidad alegada.

Como excepciones de mérito propuso las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (archivo 10).

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, arguyendo que la actora suscribió formulario de afiliación al RAIS de manera libre y voluntaria, lo que valida su afiliación a ese régimen, pues decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias del régimen de ahorro individual con solidaridad como consecuencia de la información que brindaron los asesores de la AFP que efectuó el traslado, sin que obre prueba tendiente a demostrar algún vicio en el consentimiento al momento de su afiliación que propicie su invalidación.

Propuso como excepciones de mérito las de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto a la solicitud de reconocimiento pensional, 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 de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica. (archivo 11).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 5 de mayo de 2023, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación de la señora MONICA*
> *GABRIELA SILVA CASTILLO al RAIS a través de SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR, conforme al formulario que suscribió 27 de octubre 1998, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.*
>
> *SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales la señora MONICA*
> *GABRIELA SILVA CASTILLO nunca se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad, contrario a ello, siempre estuvo en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.*
>
> *TERCERO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR., trasladar a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora MONICA GABRIELA SILVA CASTILLO, ello significa que debe trasladar a COLPENSIONES la totalidad de capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de pensión de garantía mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades conforme a lo motivado.*
>
> *CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES*
> *- COLPENSIONES a recibir como su afiliada a la señora MONICA GABRIELA SILVA CASTILLO, como su afiliada, actualizar y corregir su historia laboral una vez le sean trasladados los dineros por parte de la AFP PORVENIR, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.*
>
> *QUINTO: SIN CONDENA EN COSTAS.*
>
> *SEXTO En el evento en que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONESCOLPENSIONES, no interponga recurso de apelación contra la presente decisión remítase el expediente al superior para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES."*

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* indicó que con la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, se establecieron dos regímenes pensionales, siendo libre y voluntaria la afiliación a los mismos y el traslado entre estos, solo podía llevarse a cabo en inicio cada tres años y posteriormente se modificó a cada cinco (5) años, sin que fuera posible trasladarse antes de estar a diez años de

la edad de pensión. De otro lado, mencionó que el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace alusión a la información que deben suministrar los fondos a los usuarios para la fecha del traslado.

Igualmente, refirió que conforme lo ha adoctrinada la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en lo que atañe a la carga de la prueba es a PORVENIR S.A. a quien le corresponde demostrar una debida asesoría o información a sus potenciales afiliados en lo que respecta a las consecuencias favorables o desfavorables entre uno y otro régimen pensional en atención de la carga de la prueba reglada en el artículo 167 del C.G.P., entendida esta como una información clara, completa y comprensible sobre la trascendencia de su decisión, situación que no logró probar en el evento de la demandante, máxime si se tiene en cuenta que con el formulario de afiliación no puede entenderse suplida esa carga probatoria y del interrogatorio de parte tampoco se extrae confesión al respecto. Por tanto, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional y dispuso la devolución de saldos, incluyendo de manera indexada lo atinente a gastos de administración. Finalmente, absolvió de costas a las accionadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. la apeló. Al respecto manifestó su disenso respecto a la condena emitida en el numeral tercero de la sentencia de instancia, que ordenó la devolución de los gastos de administración y los aportes al fondo de pensión de garantía mínima, de forma indexada; dado que no son dineros que financian la pensión de la actora, al contrario son sumas que autoriza descontar la Ley 100 de 1993, siendo fruto de la buena administración de ese fondo los rendimientos que se generaron a favor de la gestora, por lo que devolver tales emolumentos generaría un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES. Igualmente, expuso que esas sumas ya están debidamente actualizadas, por lo que se le impone una doble condena al ordenar la indexación.

COLPENSIONES expuso en su recurso de alzada, que en la sentencia de primer grado no se tuvo en cuenta el principio de sostenibilidad financiera, dado que la actora en el interrogatorio de parte manifestó no encontrarse conforme con

el valor de la mesada que le correspondería en el régimen de ahorro individual, lo que no es causal suficiente para acceder a la ineficacia del traslado, decisión con la cual se le impone a esa entidad la carga de asumir prestaciones que se calculan de forma diferente en los dos regímenes pensionales, por lo que solicita se revoque la sentencia de primer grado.

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 persuadida 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, o si se trasladó de manera horizontal, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuó la actora el 27 de octubre de 1998 con PORVENIR S.A., la cual se hizo efectiva a partir del 1º de diciembre de esa misma anualidad, como se aprecia de la certificación SIAFP (f. 67 a 68 y 71 archivo 10); formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la 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 señora MÓNICA GABRIELA SILVA CASTILLO en el interrogatorio de parte que rindió, indicó que al momento en que se trasladó de régimen se encontraba laborando para el empleador SEVERIANO FERNÁNDEZ, y que en esa época se hablaba de la crisis y la liquidación del SEGUROS SOCIAL, entonces llegó el asesor de PORVENIR a la empresa, quien le reiteró esa situación y le indicó el formulario en el cual estaban consignados

sus datos y además le dijo su pensión se podía heredar a sus padres y a sus hijos, por ende, suscribió el formulario de afiliación sin que se le diera más información. Agregó que su motivación para trasladarse de régimen pensional es el daño que le causaría el monto de la mesada que recibiría en el fondo privado, además expuso que suscribió el formulario de forma voluntaria, confiando en lo que le dijo el asesor.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna de parte de la actora sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de PORVENIR S.A. al momento del traslado de la demandante según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual 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 1998, 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 no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, los cuales son parte de la inconformidad planteada por PORVENIR en su impugnación, 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 COLFONDOSS.A. Deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales".*

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

Respecto a la posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera 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 dejo 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 financiara, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones,

rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

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

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 SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

> *"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).*
>
> *"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo*

de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

De ese modo, luce acertada la decisión de la juez de primer grado al ordenar la indexación de los gastos de administración y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima. Sin embargo, se adicionará la sentencia de primer grado, en el sentido de indicar que además de los valores allí ordenados, el fondo privado deberá devolver a COLPENSIONES, lo correspondiente a las primas de los seguros previsionales por el tiempo que estuvo afiliada a esa administradora, debidamente indexadas. Confirmándose en lo demás la sentencia confutada.

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

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 tercero de la sentencia proferida el 5 de mayo de 2023 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES, además de los valores ya ordenados, lo correspondiente a las primas por seguros previsionales por el tiempo que estuvo afiliada la demandante a esa administradora debidamente indexados.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Se fijan como agencias en derecho la suma de $500.000 a cargo de cada una 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

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 **24 2022 00144 01**
Demandante:	MARTHA INÉS TRISTANCHO SALCEDO
Demandados:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de PORVENIR S.A. al abogado MIGUEL ÁNGEL CADENA MIRANDA, identificado con cédula de ciudadanía 1.020.792.591 y T.P. 380.420 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

Igualmente, se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada DIANA LEONOR TORRS ALDANA, identificada con cédula de ciudadanía 1.069.733.703 y T.P. 235.865 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 3 de mayo de 2023 por el Juzgado Veinticuatro 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 MARTHA INÉS TRISTANCHO SALCEDO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., a fin de declararse ineficaz la afiliación efectuada en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad realizada a través de la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. en el mes de mayo de 1998, encontrándose válidamente afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Asimismo, se retrotraigan los efectos de la afiliación, por lo que se deberá trasladar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida la información y dineros aportados como si dicho traslado nunca se hubiese realizado, lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita* y costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que desde el inicio de su vida laboral, se afilió al sistema general de pensiones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida a través del extinto ISS, presentado cotizaciones por el periodo comprendido entre el 22 de mayo de 1986 y el 30 de abril de 1998, para con posterioridad, trasladarse con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en el mes de mayo de 1998 por intermedio de la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., y luego un traslado horizontal a COLFONDOS S.A. en el mes de julio de 2006.

Que en la afiliación inicial y a lo largo de sus vinculaciones dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no recibió ninguna asesoría profesional que le permitiera evaluar sus verdaderas condiciones pensionales, en tanto, solo recibió información que le motivara afiliarse y mantenerse en el régimen privado, sin obtener comparativos ni paralelos entre ambos regímenes pensionales, como tampoco explicaciones de los riesgos o desventajas de mantenerse en dicho régimen pensional.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda indicando que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado señalada en la Ley 797 de 2003, que modificó la Ley 100 de 1993, haciéndose imposible afiliarla en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida dentro de sus dependencias, pues tal situación contravendría no solo disposiciones de carácter legal, sino también se encentraría en oposición del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema.

Propuso las excepciones denominadas 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 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 y la innominada o genérica.

PORVENIR S.A. manifestó en su contestación que la demandante al momento de suscribir el formulario de afiliación recibió una información clara, oportuna, suficiente y cierta, donde se le comunicó acerca del funcionamiento, condiciones y características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el cual existe paralelamente con el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, ambos ampliamente difundidos desde su entrada en vigencia y a los cuales se le atribuye la carga de informar a sus afiliados todas las características y condiciones propias de su sistema.

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.

En cuanto a COLFONDOS S.A., si bien contestó la demanda, el *a-quo* mediante proveído calendado el 14 de marzo de 2023 tuvo por no contestada la misma bajo el entendido que dicho escrito se allegó de manera extemporánea (PDF 09 – AUTO TIENE NO CONTESTADA DEMANDA).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 3 de marzo de 2023, resolvió:

> *"**PRIMERO: DLECARAR la INEFICACIA** de la afiliación de la señora **MARTHA INÉS TRISTANCHO SALCEDO**, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, vinculación que hizo a través de la **AFP COLPATRIA** hoy A.F.P. PORVENIR S.A., el 26 de mayo de 1998, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.*
>
> ***SEGUNDO: DECLAR** que para todos los efectos legales la señora **MARTHA INÉS TRISTANCHO SALCEDO**, nunca se vinculó al Régimen de Ahorro Individual don Solidaridad, contrario a ello siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.*
>
> ***TERCERO: ORDENAR** a **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante **MARTHA INÉS TRISTANCHO SALCEDO**, ello significa que debe trasladar a **COLPESNIONES** la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros deben ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, lo anterior, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.*
>
> ***CUARTO: ORDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** a devolver a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** lo que haya deducido de los aportes a pensión, efectuados por la demandante por conceptos de gastos de administración debidamente indexados conforme a lo motivado.*
>
> ***QUINTO: ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a recibir a la señora **MARTHA INÉS TRISTANCHO SALCEDO**, como su afiliada, actualizar y corregir su historia laboral, una vez reciba el traslado de los dineros por parte de **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS y PORVENIR S.A.***
>
> ***SEXTO: DECLARAR** no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas.*
>
> ***SEPTIMO: SIN CONDENA EN COSTAS***
>
> ***OCTAVO:** En el evento que la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** no interponga recurso de apelación contra la presente sentencia, remítase el expediente a la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para que se surta el grado*

jurisdiccional de CONSULTA a su favor, ello de conformidad con lo señalado en el artículo 69 del CPTSS."

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* indicó que con la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, se establecieron dos regímenes pensionales, siendo libre y voluntaria la afiliación a los mismos y el traslado entre estos, solo podía llevarse a cabo en inicio cada tres años y posteriormente se modificó a cada cinco (5) años, sin que fuera posible trasladarse antes de estar a diez años de la edad de pensión.

De otro lado, mencionó que el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace alusión a la información que deben suministrar los fondos a los usuarios para la fecha del traslado; igualmente, refirió que como lo ha adoctrinada la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en lo que atañe a la carga de la prueba es PORVENIR S.A. a quien le corresponde demostrar una debida asesoría o información a sus potenciales afiliados en lo que respecta a las consecuencias favorables o desfavorables entre uno y otro régimen pensional en atención de la carga de la prueba reglada en el artículo 167 del C.G.P., entendida esta como una información clara, completa y comprensible sobre la trascendencia de su decisión, situación que no logró probar en el evento de la demandante, máxime si se tiene en cuenta que con el formulario de afiliación no puede entenderse suplida esa carga probatoria.

Por ende, declaró la ineficacia del traslado y dispuso la devolución de saldos, incluyendo de manera indexada lo atinente a gastos de administración, por lo que condenó a COLFONDOS S.A., AFP donde en la actualidad se encuentra vinculada la demandante sobre lo pertinente. Igualmente, refirió que debe condenársele tanto a PORVENIR S.A. como a CONFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES por los referidos gastos de administración debidamente indexados.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. la apeló. Al respecto manifestó que, el Alto Tribunal de cierre de esta especialidad, ha establecido las diferentes etapas del deber de información, el cual esa demandada cumplió al momento del traslado del actora, por ende, las proyecciones del asesor para la época no eran descabelladas dado el salario que devengaba para esa calenda y que no tenía un caudal importante en el ISS, por lo que en algún momento podía acceder a la

prestación pensional en ese régimen, y por ende no procede la declaratoria del traslado y sus consecuencias, máxime si la actora presentó un traslado horizontal dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

En cuanto a la devolución de los emolumentos dispuestos en la sentencia objeto de censura y la indexación de los mismos, adujo que los gastos de administración y seguros previsionales, fueron invertidos conforme lo dispone la ley y además no se encuentran en su poder, lo que además se colige con los rendimientos que tuvieron los aportes de la actora en ese fondo, luego, lo que debe darse en el caso en concreto es una restitución y no la indexación ordenada, pues actuó conforme a la ley, por tanto, solicita se revoque la sentencia de instancia y se absuelva de las condenas impuestas en su contra., incluyendo las costas procesales.

COLPENSIONES expuso en su recurso de alzada que para el momento de la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no le era exigible a los fondos pensionales una modalidad de entrega de información, sumado al hecho que del interrogatorio de parte surtido por la actora, se evidencia que en efecto sí le fue brindada una información, misma que se consigna en el formulario de afiliación, de allí que no exista ningún engaño, lo que conlleva a su vez a que se vea afectado el principio de sostenibilidad financiera.

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 persuadida 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 efectuara la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. el 20 de mayo de 1998, efectuando un traslado con destino a COLFONDOS S.A. el 29 de septiembre de 2000 según da cuenta la certificación del SIAFP emitida por ASOFONDOS (Fls. 42 a 49 – PDF 06 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 MARTHA INÉS TRISTANCHO SALCEDO 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 COLMENA hoy PORVENIR S.A. en el año 1998 se le hubiese brindado una asesoría ajustada a derecho, incluido tal aspecto sobre las implicaciones, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales; de allí que no se le informaron 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.

Por lo que se puede 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 al actor para el año 1998, 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., primera AFP

donde se vinculó la demandante, 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, 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 alegado por 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 financiara, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual, luego, acorde con tales consideraciones resultan imprósperos los argumentos esbozados por COLPENSIONES, en tanto, 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 SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).

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

Así las cosas, es evidente que los gastos de administración deban indexarse, más aún cuando tal aspecto en manera alguna se compensa por los rendimientos. Sin embargo, se adicionará la sentencia de primer grado, en el sentido de indicar que además de los valores allí ordenados, el fondo privado deberá devolver a COLPENSIONES, lo correspondiente a las primas de los seguros previsionales, por el tiempo que estuvo afiliada a esa administradora, debidamente indexadas. Confirmándose en lo demás la sentencia confutada

En lo atinente a la inconformidad que presenta la demandada PORVENIR S.A. frente a la condena en costas en primera instancia, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio.

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 esas accionadas se opuso a las pretensiones de la demanda, además, se les ordenó trasladas contingencias y a su vez recibir las mismas a razón del traslado de régimen pensional de la demandante; es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas, pues resulta evidente que fue vencida en juicio, aspectos todos por los que la sentencia de primer grado se confirmará en su integridad.

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES como quiera que los recursos interpuestos 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: ADICIONAR los numerales tercero y cuarto de la sentencia de primer grado proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **CONDENAR** a la demandada COLFONDOS S.A., que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto a las sumas correspondientes a rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo que estuvo afiliada 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.

De la misma forma, deberá proceder el restante de las AFP llamadas a este juicio frente a la devolución a COLPENSIONES de los gastos de administración sobre los aportes efectuados por la demandante mientras estuvo afiliada a esa administradora.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente. Se fijan como agencias en derecho la suma de $500.000 a favor de la 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

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 **26 2021 00408 01**
Demandante:	RUTH MARLENE GONZALEZ TOVAR
Demandados:	COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio del dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

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

Igualmente, se reconocer personería para actuar en representación de PORVENIR S.A. a la abogada NEDY JOHANA DALLOS PICO, identificada con cédula de ciudadanía 1.019.135.990 y T.P. 373.640.

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 decisión adoptada en primer grado el 27 de marzo del 2023 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora RUTH MARLENE GONZALEZ TOVAR promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., a fin de declararse la ineficacia y/o nulidad del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se ordene a PROTECCIÓN S.A. trasladar a COLPENSIONES el monto total de su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos, frutos, interés, y gastos de administración. De igual manera, solicita se ordene a COLPENSIONES a reactivar su afiliación en el régimen que administra, así como a recibir todas las sumas de dinero retornadas por el Fondo Privado; más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*, y costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, refirió que nació el 7 de octubre de 1958 y efectuó cotizaciones al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, donde alcanzó un total de 729,43 semanas cotizadas. No obstante, arguyó que, en 1999, se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A.

Seguidamente, explicó que se encontraba trabajando para la CONTRALORÍA DISTRITAL DE BOGOTÁ, cuando se le acercaron los asesores de PROTECCIÓN S.A., quienes le manifestaron que su pensión sería más favorable en el Fondo Privado y podría ser heredable a sus hijos y padres, razón por la cual decidió trasladarse de régimen; adicional a ello, el asesor le informó que el ISS iba a ser liquidado, por lo que perdería todos los aportes que hubiese realizado.

De lo anterior, adujó que no se le explicó los requisitos para pensionarse anticipadamente, la garantía de pensión mínima, la devolución de aportes, la posibilidad de realizar aportes voluntarios, el bono pensional, el derecho de retracto, el tiempo mínimo de permanencia en cada régimen, la prohibición legal de traslado y el cálculo de su mesada pensional en uno u otro régimen. Por este motivo, afirmó que no se le dio información adecuada, veraz,

suficiente, clara, comprensible, pertinente y oportuna, la cual le hubiera permitido adoptar una decisión objetiva referente al traslado de régimen.

En otro giro, refirió no haber recibido asesoría antes de los 47 años de edad por parte de COLPENSIONES o PROTECCIÓN S.A., por lo que, en octubre del 2019, esta última le realizó una proyección pensional, donde le comentaron que podría adquirir su prestación de vejez mediante la figura de la garantía de pensión mínima y solo si a ello hubiere lugar. Debido a lo anterior, el 8 de abril del 2021 solicitó a la AFP realizar un estudio de su situación pensional, en la cual le informaron que en COLPENSIONES tendría una mesada de $1.640.715.

Por último, aseguró haber solicitado a COLPENSIONES el traslado de régimen en cumplimento del artículo 6 del C.P.T y de la S.S. (Folios 1 a 15 archivo 01).

Por otro lado, mediante proveído adiado el 23 de junio del 2021, el Juez Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá se declaró impedido para conocer el presente asunto, remitiendo las diligencias al Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, el cual, mediante auto del 10 de septiembre del 2021, aceptó el impedimento formulado y avocó conocimiento de las diligencias, admitiendo la demanda por auto de 22 de junio del 2022. (Archivos 03, 04 y 10).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones del libelo introductorio, aduciendo que la actora se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad en ejercicio a su derecho de libre escogencia de régimen pensional, de conformidad con lo expresado en el artículo 13 de la ley 100 de 1993, escogiendo a la AFP PROTECCIÓN como su fondo de pensiones; adicional a ello, refirió que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de la ley 797 del 2003.

Propuso como excepciones de fondo las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad para reconocer y pagar derechos por fuera del

ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad en condena en costas, declaratoria de otras excepciones. (Folios 2 a 11 archivo 15).

Por su parte, PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones del *petitum*, en especial, las referentes a la declaratoria de ineficacia y/o nulidad, argumentando que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, observándose del formulario de vinculación que suscribió la promotora, que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones tanto en cabeza del Fondo como del afiliado, manifestación de voluntad que estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, lo que constituye una manifestación inequívoca de trasladarse a ese fondo.

Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad 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 innominada o genérica. (Folios 3 a 22 archivo 18).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 27 de marzo del 2023, resolvió:

> *"**PRIMERO. DECLARAR** ineficaz el traslado efectuado por la demandante RUTH MARLENE GONZÁLEZ DE TOVAR al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

SEGUNDO. CONDENAR *al fondo de pensiones PROTECCIÓN a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por la demandante junto con sus rendimientos financieros causados, así como lo correspondiente a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, lo anterior debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

TERCERO. CONDENAR *a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice, para todos los efectos pensionales, las semanas cotizadas por el demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

CUARTO. *DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.*

QUINTO. CONDENAR *en costas de esta instancia al fondo de pensiones PROTECCION, fijándose como agencias en Derecho la suma de UN MILLÓN DE PESOS ($1'000.000).*

Para arribar a dicha conclusión, la juzgadora de instancia consideró que en el presente caso debía analizarse si el acto jurídico de traslado resulta ineficaz en virtud de lo establecido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia; asimismo, expuso que esa misma Corporación ha estimado que para entenderse como una afiliación libre y voluntaria, esta debe estar precedida de una información sobre riesgos del traslado, así como los beneficios en cada régimen, con la finalidad de generar una decisión informada, lo cual no se entiende cumplida con una simple expresión genérica.

Del mismo modo, señaló que el deber de información surgió con el nacimiento de los fondos, el que debe ser analizado dependiendo del momento histórico en el que se realizó la vinculación, añadiendo que el formulario de afiliación no es prueba suficiente de la decisión informada derivada de la información brindada por el fondo, carga probatoria que le corresponde a las AFP.

Descendiendo al caso en concreto, afirmó que la actora se trasladó de régimen pensional a través de COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., cuyo formulario de afiliación no da cuenta de la asesoría brindada a la demandante, razón por la cual debía remitirse al interrogatorio de parte, del cual no se coligué confesión alguna que demuestre habérsele suministrado una asesoría clara y suficiente sobre las implicaciones de trasladarse de un régimen a otro.

Así las cosas, al no encontrar acreditado el cumplimiento del deber de información al momento del traslado, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante, con todos sus efectos consecuenciales, ordenando a PROTECCIÓN S.A. trasladar a COLPENSIONES los aportes de la actora, junto con sus rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, lo anterior debidamente indexado, y declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a PROTECCIÓN S.A.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

El presente proceso se estudia 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., como quiera que la sentencia proferida en primera instancia fue adversas a sus intereses.

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 persuadida 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 efectuó la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., el 29 de junio de 1999, vinculación que se hizo efectiva el 1º de agosto de 1999 según el reporte SIAFP. (Folios 31 y 64 Archivo 18). Formulario que, si bien refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, 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, la demandante señora RUTH MARLENE GONZALEZ TOVAR en el interrogatorio de parte a ella practicado, expuso que laboraba para la CONTRALORÍA cuando los asesores de la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., se acercaron a la entidad, los cuales le manifestaron que dicho Fondo sería más conveniente que el ISS, ya que esté iba a liquidarse y todas sus cotizaciones se perderían; de igual manera, le comentaron que en COLMENA tendría mejores garantías pensionales, tales como la rentabilidad de sus cotizaciones y la posibilidad de que sus padres o hijos heredaran su pensión.

Refirió no habérsele explicado sobre el bono pensional, los requisitos para pensionarse en uno y otro régimen, las modalidades pensionales y los factores que se tendrían en cuenta al momento de liquidar su pensión, adicionalmente, refirió que deseaba retornar a COLPENSIONES debido a la oportunidad de una mejor mesada prestacional de vejez.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna de parte de la actora sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. al momento del traslado del demandante, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual 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 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 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 de la promotora.

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

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

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 SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

> *"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).*
>
> *"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.*

Así las cosas, es evidente que también los gastos de administración deban indexarse, más aún cuando tal aspecto en manera alguna se vea compensado por los rendimientos financieros de la cuenta de la actora. Corolario a lo anterior, habrá de confirmarse la decisión de primera instancia.

SIN COSTAS en esta instancia como quiera que el proceso se estudia en el grado jurisdiccional de consulta.

COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente.

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 27 de marzo del 2023, por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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 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 2019 00759 01**
Demandante:	VICTOR DANIEL ONOFRE OSORIO
Demandados:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de PORVENIR S.A. al abogado DANIEL FELIPE RAMÍREZ SÁNCHEZ, identificado con cédula de ciudadanía 1.070.018.966 y T.P. 373.906 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 13 de marzo del 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 VICTOR EDUARDO PERALTA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., a fin de declararse la nulidad del

traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS S.A., ordenando que se le retorne a COLPENSIONES junto con todos los aportes realizados y gastos de administración descontados. De igual manera, solicita que COLPENSIONES acepte su vinculación, recibiendo el traslado de sus aportes, rendimientos y cobros por concepto de administración. De igual manera, pretende se declare que COLFONDOS S.A. debe reconocerle y pagarle la indemnización establecida en los artículos 13 y 271 de la ley 100 de 1993, más lo que se pruebe en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*, así como también se condene en costas a las demandadas.

Como consecuencia de tales declaraciones, solicita se condene a la totalidad de lo pretendido en la parte declarativa anteriormente referida.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió haber cotizado al régimen de prima media con prestación definida y trasladarse posteriormente al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS S.A., bajo el argumento de haber sido inducido de manera equivocada por los asesores del fondo privado.

Refirió que el asesor de COLFONDOS S.A. le indicó que al trasladarse de régimen no perdería los beneficios pensionales ostentados en el régimen de prima medida, enfatizando que se le indujo de manera inapropiada a cambiarse de régimen y sin que hubiese existido una manifestación escrita de su voluntad de trasladarse. Seguidamente, expuso no habérsele suministrado información idónea, consciente, veraz y objetivamente verificable, por medio de la cual pudiera tomar una determinación informada, donde no se le comunicó los riesgos de afiliarse al RAIS, y mucho menos, una comparación pensional entre el valor de la mesada en uno u otro régimen.

En otro giro, adujo que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, no realizó ninguna declaración tendiente a desvirtuar el argumento de la AFP referente a su posible desaparición, así como tampoco le brindo información al momento de realizar su traslado de régimen; adicional ello, el actor afirmó no haber notificado a su empleador de su traslado a COLFONDOS

S.A., contrariando lo ordenado en el artículo 128 de la Ley 100 de 1993. En virtud de ello, explicó que su permanencia en el RAIS lesiona su derecho de libre escogencia, consentimiento pleno y libre determinación, lo que le ha generado un inconveniente pensional en tanto recibirá una mesada equivalente al 60% de la que obtendría en el RPMPD.

Por último, arguyó que mediante petición radicada el 23 de julio del 2019, solicitó a COLFONDOS S.A. desvincularlo de la entidad, pedimento que fue denegado. De la misma forma, expuso que el 11 de julio del 2019, solicitó a COLPENSIONES afiliarlo al régimen que administra, ante lo cual recibió una respuesta negativa. (Folios 3 a 17 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones del libelo introductorio, aduciendo que el demandante interpuso acción judicial debido a no encontrarse conforme con la mesada pensional que recibiría en uno u otro régimen, mas no porque hubiese existido una falta en la información. Por lo anterior, explicó que la actuación del actor afecta, vulnera y sobrecarga el régimen de prima media con prestación definida, ya que se estaría aprovechando de los beneficios y dineros propios del fondo común del régimen.

Propuso como excepciones de fondo las de protección de sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica y buena fe. (Folios 96 a 110 archivo 01).

Entre tanto, COLFONDOS S.A. dijo oponerse a las pretensiones elevadas en su contra. Al respecto, arguyó que la afiliación del demandante se dio en virtud de su derecho de libre escogencia, afirmando que los asesores comerciales del fondo le brindaron una asesoría integral y completa sobre las implicaciones de trasladarse de régimen, las características y funcionamiento del RAIS, las diferencias entre el RAIS y el RPMPD, ventajas, desventajas, derecho de rentabilidad, derecho de retractación y los requisitos para acceder a la pensión

de vejez en uno u otro régimen pensional. Por ello, afirmó no estar vulnerando el derecho pensional del demandante, puesto que en el RAIS también puede obtener una pensión de vejez, siempre y cuando cumpla los requisitos de ley.

Como excepciones formuló las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago e insistencia de perjuicios. (Folios 1 a 24 Archivo 03).

En otro giro, la parte demandante solicitó la vinculación al proceso a PORVENIR S.A., teniendo en cuenta que el promotor estuvo vinculado a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., por el periodo comprendido entre mayo del 2001 a marzo del 2002. En razón de ello, mediante proveído del 3 de junio del 2022, el Juzgado ordenó vincular a PORVENIR S.A. como litisconsorcio de la demandada. (Folios 149 y 163 Archivo 01).

Una vez vinculado al proceso, PORVENIR S.A. contestó no oponerse, ni allanarse a las pretensiones de la demanda, manifestando que las mismas se encuentran dirigidas en contra de un tercero ajeno, por consiguiente, se desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se efectuó el traslado pensional del demandante y cuya carga probatoria de acreditar el cumplimiento al deber de información, le corresponde a una administradora ajena a ellos. Por otro lado, afirmó que la vinculación del actor al fondo que administra estuvo precedida de información completa, clara, veraz y oportuna, aclarando que en la actualidad no se encuentra vinculado al fondo, ni existe suma alguna que le sea adeuda.

Formuló como excepciones las de falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Folio 1 a 30 Archivo 04).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 13 de marzo del 2023, resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor VÍCTOR DANIEL ONOFRE OSORIO al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 1° de junio de 1999, por intermedio de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS 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 COLFONDOS S.A., a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor VÍCTOR DANIEL ONOFRE OSORIO identificado con C.C. 19.293.177 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 COLPENSIONES, y COLFONDOS S.A. Se señalan como agencias en derecho la suma de $1.000.000 a cargo de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A y a favor de la parte actora. Sin COSTAS a cargo de PORVENIR S.A.*
>
> ***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 el actor estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través del fondo de pensiones COLFONSOS S.A., vinculándose posteriormente a la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A, para después retornar nuevamente a COLFONDOS S.A. De otro lado, argumentó 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 a lo anterior, refirió que le correspondía a la AFP COLFONDOS S.A. la carga de acreditar la información suministrada al afiliado al momento de efectuar el traslado de régimen, esto es, si brindó una información veraz, completa y oportuna sobre las implicaciones de cambiarse de régimen a efectos de garantizar un consentimiento debidamente informado.

Teniendo en cuenta ello, al analizar los medios de prueba aportados al proceso, concluyó que no se demostró el cumplimiento del deber de información por parte de la AFP COLFONDOS S.A., pues en el interrogatorio de parte que depuso el demandante, no manifestó haber recibido tal información, luego, no se cumplió con la carga probatoria por parte del citado fondo y el cual no se puede colegir del formulario de afiliación suscrito por el actor al trasladarse de régimen, más aun cuando no fue aportado al proceso. En virtud de lo anterior, dispuso la declaratoria de la ineficacia del traslado, así como su posterior afiliación a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A.

En esa medida, ordenó la consecuencial devolución a COLPENSIONES por parte de COLFONDOS S.A. de los emolumentos causados en virtud de dicho acto jurídico, así como los gastos de administración y seguros de invalidez y sobrevivencia, explicando que no es posible acceder a la indemnización solicitada por el actor, en tanto dicha sanción no puede ser decidida en esa instancia; de igual manera, declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a las demandadas COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión, la demandada COLPENSIONES la apeló. Al respecto adujo que el demandante confesó que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad de manera libre, voluntaria y sin presiones, cumpliendo la afiliación con los requisitos establecidos en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, además, indicó que la gestora no es beneficiaria del régimen de transición y que al elevar la solicitud de retorno al régimen de administra, estaba inmersa en la prohibición de traslado de que trata el artículo 2º de la Ley 797 de 2003; luego, no es procedente que después de tanto tiempo alegue un engaño al evidenciar que sus expectativas pensionales no se ajustan a su querer, en esa medida lo que

se debe solicitar es la indemnización de perjuicios y no la ineficacia de la afiliación.

No obstante, dijo que, de confirmarse la sentencia de primer grado, debe condenarse al fondo privado a pagar a esa entidad un cálculo actuarial proporcional a lo que debería reconocer por concepto total de mesadas en el régimen de prima media, ante una evidente descapitalización de ese régimen.

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 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 no fue aportado el formulario de afiliación por medio del cual el demandante se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través COLFONDOS S.A. el 16 de abril de 1999. No obstante, fue anexado al plenario el formulario que permitió la posterior vinculación del actor a la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., el 29 de marzo del 2001, así como el formato de afiliación a COLFONDOS S.A. el 12 de marzo del 2002; vinculaciones que se hicieron efectivas el 1º de junio de 1999, el 1° de mayo del 2001 y el 1º de mayo del 2002, respectivamente, según el reporte SIAFP. (Folios 25 y 26 archivo 03 y folio 31 archivo 04).

Dicho esto, y pese a que no obra el formulario de afiliación inicial, lo cierto es que, si bien ese documento refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, 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 demandante señor VICTOR DANIEL ONOFRE OSORIO en el interrogatorio de parte a él practicado, expuso que se trasladó a la AFP HORIZONTE en razón a haber sido conminado por un asesor del Fondo para vincularse con ellos, el cual le comentó que el ISS iba a desaparecer por lo que le sería mejor a trasladarse a un fondo privado de pensiones, debiendo esperar solo a la edad correspondiente para recibir su pensión, por ende, afirmó que no quería quedarse sin su derecho pensional, ante lo cual decidió suscribir el formulario de afiliación al Fondo, el cual aduce no leyó.

Agregó, no haber recibido más información al respecto, explicando que su inconformidad con los fondos privados radica en que en estos tendría una mesada pensional no mayor a un salario mínimo.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna de parte del actor sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de COLFONDOS S.A. al momento del traslado del demandante, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual 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**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**

	pensiones a dar 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 al actor 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 a la falladora de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que COLFONDOS 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, 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, señaló 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 la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

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

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 SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de

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

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

Así las cosas, no erró la *a-quo* al declarar la ineficacia de la afiliación realizada por el señor VICTOR DANIEL ONOFRE OSORIO por medio del cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS S.A., no obstante, es importante especificar que también se debe declarar ineficaz la subsiguiente vinculación del actor a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., el 29 de abril de 1999, así como su posterior retorno a COLFONDOS S.A. el 12 de marzo del 2002. Por lo anterior, se adicionará al numeral primero de la sentencia en tal sentido.

Así mismo, y conforme a lo anterior, es evidente la viabilidad de impartir condena, no solo a COLFONDOS S.A., sino también a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., de trasladar a COLPENSIONES lo descontado por concepto de gastos de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, valores que deben estar indexados al momento de su devolución, tal como lo ha sostenido la Alta Corporación, según viene de verse, por lo tanto, se adicionara a la sentencia en ese entendido. En lo demás, habrá de confirmarse la decisión de instancia.

Referente a la solicitud de COLPENSIONES de condenar a los fondos privados a pagar a esa entidad un cálculo actuarial proporcional a lo que debería reconocer por concepto total de mesadas en el régimen de prima media, cabe aclarar que no es dable acceder a dicha petición, en tanto la finalidad del presente asunto es solamente verificar la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen efectuado por el demandante, sin que COLPENSIONES haya deprecado en la oportunidad procesal pertinente, pretensiones en contra de la AFP.

COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente COLPENSIONES.

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 al numeral primero de la sentencia proferida 13 de marzo del 2023 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de precisar que se declara también ineficaz las subsiguientes vinculaciones del actor a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., el 29 de abril de 1999 y a COLFONDOS S.A. el 12 de marzo del 2002.

SEGUNDO: ADICIONAR al numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, en el entendido de condenar tanto a COLFONDOS S.A. como a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES, lo correspondiente por gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, que hubiesen sido descontados al gestor por el tiempo que permaneció afiliado a cada fondo, conceptos que deberán ser indexado al momento de su pago, conforme se expuso en la parte considerativa del presente proveído.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente COLPENSIONES. Se fija como agencias en derecho la suma de $500.000, 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

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 **29 2021 00456 01**
Demandante:	JUAN MANUEL BELLO LÓPEZ
Demandados:	COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio 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 27 de abril de 2023 por el Juzgado Veintinueve 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 JUAN MANUEL BELLO LÓPEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., a fin de declararse que le asiste el derecho de trasladarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES como consecuencia de la aplicación de las sentencias C – 789 de 2002, C – 1024 de 2004 y SU – 062 de 2010, toda vez que al 1º de abril de 1994 había cotizado el equivalente a más de 15 años.

Como consecuencia de lo anterior, se condene a PROTECCIÓN S.A. a remitir con destino a COLPENSIONES todos los recursos que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual a razón del traslado de régimen pensional, así como que se le ordene a esta última aceptar el correspondiente traslado.

Elevó como pretensión declarativa subsidiaria la inexistencia de la asesoría al momento en que se realizó el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en el mes de marzo de 1997, al no haber sido informada de manera veraz y suficiente por parte de PROTECCIÓN S.A. antes y después de llevado a cabo el referido traslado, sin que se cumpliera así con la obligación del deber de información.

Por tal razón, se condene a PROTECCIÓN S.A. realizar el traslado de todos los recursos que reposen en su cuenta de ahorro individual tales como cotizaciones, saldos, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con los intereses que se encuentren a su nombre, incluyendo los rendimientos y gastos de administración con destino al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

Igualmente, se condene a COLPENSIONES a reactivar su afiliación en el régimen público, más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita* y costas procesales.

Que en caso de no prosperar lo anterior por considerar que se encuentra pensionado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se condene a PROTECCIÓN S.A. al pago de los perjuicios materiales en modalidad de lucro cesante futuro, calculados con base en la diferencia de la mesada pensional que pagaría el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y la pagada o proyectada en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad desde el momento en que sea reconocida hasta la fecha de cumplimiento de expectativa de vida de conformidad con la tabla indicada con la tabla indicada por la Superintendencia Financiera, perjuicios que deben calcularse sin tener en cuenta la respectiva indexación, sino solamente tomando las mesadas pensionales que devengaría en cada uno de los regímenes.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió a la presentación de la demanda contaba con 66 años de edad, efectuando más de 1629 semanas al sistema general de pensiones, tiempo que se encuentra acumulado tanto en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Que efectuó cotizaciones al sistema general de pensiones desde el 1º de junio de 1977 hasta el 27 de abril de 1993, al igual que en el mes de febrero de 1997 fue abordado por asesores de DAVIVIR hoy PROTGECCIÓN S.A., quienes le plantearon la posibilidad de obtener una mesada pensional más favorable y en menor tiempo siempre y cuando se trasladara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, traslado que se consolidó a partir del 1º de marzo de esa anualidad.

Expuso que, para el momento del traslado, era beneficiario del régimen de transición por cuanto había cotizado 15 años, 10 meses y 27 días al extinto ISS, sin que la asesoría brindada en momento alguno hubiera contemplado las diferencias de regímenes pensionales ni una proyección de la mesada pensional.

Por último, manifestó que PROTECCIÓN S.A. el 3 de septiembre de 2021 le informó acerca del reconocimiento y pago de una pensión de vejez equivalente a un S.M.L.M.V. en virtud de la garantía de pensión mínima, lo que a su vez conllevó a que el 6 de septiembre de 2021 radicara ante esa AFP solicitud de desistimiento de la prestación, lo que significa que en la actualidad no ha recibido pago alguno por tal concepto.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda manifestando que como entidad se encuentra imposibilitada para tener afiliado al aquí demandante ante sus dependencias, como quiera que de conformidad con lo establecido en artículo 2º de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el actor no ejerció el derecho de retorno al Régimen de Prima

Media con Prestación Definida dentro de los 10 años anteriores a la edad requerida para el derecho pensional, encontrándose así dentro de una prohibición legal.

Que adicionalmente, no se observa que el actor al momento del traslado hubiese sido indebidamente asesorado por parte de PROTECCIÓN S.A., sin que exista nulidad que vicie la nulidad del traslado de cambio de régimen pensional.

Formuló como medios exceptivos los denominados prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones.

COLPENSIONES expuso en su contestación que el demandante cuando se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de sus dependencias, le fueron realizadas las respectivas proyecciones pensionales verbales en ambos regímenes pensionales, con el fin de determinar el panorama de las mesadas pensionales que se puede recibir en uno u otro régimen, aclarando que, como su nombre lo dice, eran estimativos del valor de las mesadas pensionales que se hacían con la información que se contaba, así como que los asesores cuentan con toda la preparación, conocimiento técnico y la lealtad moral suficiente para asesorar en debida forma a los posibles afiliados, como fue el caso del demandante.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, compensación, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

Pone de presente la Sala que en diligencia llevada a cabo el 26 de agosto de 2022, dentro de la etapa de decisión de excepciones previas, el Juzgado declaró probada la denominada falta de integración del litis consorcio necesario, por lo que dispuso la vinculación al presente trámite procesal a LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – OFICINA DE BONOS PENSIONALES, bajo el entendido que dicho ente ministerial debe comparecer ante el objeto de la litis.

Por tal razón, LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO contestó la demanda exponiendo que le atañe únicamente la responsabilidad atinente a la liquidación, emisión, expedición, redención, pago o anulación de bonos pensionales o cupones de bonos pensionales a cargo de la Nación, así como que al aquí demandante le asiste como afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al reconocimiento de un bono pensional Tipo A, a lo cual existió una redención del bono el día 3 de junio 2017.

Impetró las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 27 de abril de 2023, resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA** de la afiliación pensional que hiciere el señor **JUAN MANUEL BELLO LOPEZ** identificado con C.C. N. 45.453.812, ante la AFP DAVIVIR hoy **ADMINISTRADORA DE FONDOS PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**, fecha de solicitud 21 de junio de 1999 inicio de efectividad 01 de agosto de 1999, por los motivos expuestos. En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales el afiliado 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 PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A**, a devolver a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante **JUAN MANUEL BELLO LOPEZ**, como cotizaciones, rendimientos y sumas destinadas a garantía de 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 PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A*** *todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, rendimientos y sumas destinadas para la garantía de pensión mínima, que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.*

CUARTO: ORDENAR *a la* ***ADMINISTRADORA DE FONDOS PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A*** *a devolver al Ministerio de Hacienda y crédito público el valor del bono pensional que fue redimido y pagado por valor de $74.264.000 debidamente actualizado al momento de su pago.*

QUINTO: ORDENAR *a la* ***ADMINISTRADORA DE FONDOS PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.****, a solicitar la revocatoria del reconocimiento del beneficio de la garantía a la pensión minina entregada entre otros al demandante Juan Manuel Bello López mediante la resolución 25401 del 31 de agosto de 2021 ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.*

SEXTO: SIN CONDENA *en costas.*

SEPTIMO: DECLARAR *probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.*

OCTAVO: CONSULTAR *la presente sentencia en caso de no ser apelada por la parte demandada Colpensiones, en los términos del artículo 69 del CPT y de la SS."*

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* consideró no ser objeto de discusión el traslado que realizara el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad el 21 de junio de 1999 por intermedio de la AFP ING hoy PROTECCIÓN S.A., como tampoco el hecho que, si bien en principio el demandante solicitó pensión a esta última, lo cierto es que la misma en ningún momento se efectivizó.

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 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 llevar a cabo una comparación de dichos regímenes, información entendida por ser completa, clara y comprensible, situaciones que no fueron probadas

por parte de PROTECCIÓN S.A., máxime si se tiene en cuenta que al plenario ni si quiera fue allegado el correspondiente formulario de afiliación.

Por otra parte, refirió que, del caudal probatorio acreditado al plenario, LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO reconoció y redimió bono pensional Tipo A en favor del demandante, por lo que dispuso ordenar a PROTECCIÓN S.A. devolver dicho bono al ente ministerial, junto con la correspondiente actualización.

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 del actor ante la AFP encartada dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Argumentó en su alzada que, ante lo concerniente a la declaratoria de ineficacia de traslado, también resulta procedente el pago de seguros previsionales y gastos de administración, de allí que la sentencia de primera instancia deba adicionarse en este puntual aspecto.

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 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 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 ni si quiera fue acreditado el formulario de afiliación que llevara a cabo el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; a pesar de ello,

se aprecia del reporte SIAFP de ASOFONDOS que el actor se trasladó el 21 de junio de 1999 por intermedio de ING PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PROTECCIÓN S.A. (Fl. 83 – PDF 08 CONTESTACIÓN PROTECCIÓN S.A.)

Y si en gracia de discusión el formulario echado de menos estuviese incorporado dentro del expediente, a pesar de que el mismo llegase a exponer 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 JUAN MANUEL BELLO LÓPEZ en el interrogatorio de parte a él 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 ING PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PROTECCIÓN S.A. en el año 1999 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, de allí que no se le hubiese advertido 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.

Lo anterior inclusive se acompasa con lo expuesto por la Representante Legal de PROTECCIÓN S.A., quien indicó en su interrogatorio de parte no haber sido parte como tampoco tener conocimiento de la afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

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 al actor 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 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:

> *"Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra*

la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que COLFONDOS S.A. Deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales".

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

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera alegado por 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 financiara, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual, luego, acorde con tales consideraciones resultan imprósperos los argumentos esbozados por COLPENSIONES, en tanto, 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 SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

> *"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).*
>
> *"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.*

Así las cosas, es evidente que los gastos de administración deban indexarse, más aún cuando tal aspecto en manera alguna se compensa por los rendimientos, por lo que la decisión de primer grado habrá de adicionarse teniendo en cuenta lo hasta aquí expuesto.

Ahora, a pesar de que el demandante solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez – *garantía mínima* ante PROTECCIÓN S.A. (Fls. 72 a 75 – PDF 01 DEMANDA y fls. 77 a 78 PDF 08 CONTESTACIÓN PROTECCIÓN S.A.), tal prestación no se efectivizó, de allí que sea procedente la declaratoria de la ineficacia del traslado, como quiera que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia lo que ha señalado es que se restringe dicha situación siempre y cuando el derecho pensional se encuentre ya reconocido, así lo ha analizado el órgano de cierre en múltiples pronunciamientos tales como las decisiones SL1056-2023, Radicación No. 94655 del 17 de mayo de 2023, SL1035-2023, Radicación No. 95079 del 17 de mayo de 2023, SL954-2023, Radicación No. 91307 del 24 de abril de 2023, entre otras, talante que se itera no sucedió dentro del asunto de marras.

Por otra parte, menester también resulta precisar que LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – OFICINA DE BONOS PENSIONALES mediante Resolución No. 24504 de 22 de abril de 2021 emitió y ordenó con destino a PROTECCIÓN S.A. el bono pensional Tipo A, a favor del aquí demandante señor JUAN MANUEL BELLO LÓPEZ por valor de $74.264.000 (Fls. 52 a 63 – PDF CONTESTACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA).

Pues bien, advierte la Sala que clara ha sido la Corte en advertir que, al producirse el traslado, una de las contingencias a efectos de sufragar prestaciones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida es el retorno de bonos pensionales. Para mayor ilustración, la Corte en un caso similar al que nos ocupa, en sentencia SL2515-2022, Radicación No. 83574 del 13 de julio de 2022 expuso:

> *"Los artículos 113, 114 y 115 de la Ley 100 de 1993, son disposiciones que consagran los traslados entre regímenes y lo concerniente a los bonos pensionales y sus trámites que, en todo caso, deben asumir interna y administrativamente las entidades administradoras de pensiones.*
>
> *Es decir, que al declararse la ineficacia del traslado del actor del RPM al RAIS y como consecuencia de ello se ordenó la devolución de aportes a pensión realizados por el afiliado, los rendimientos, frutos, intereses, cuotas de administración, «bonos pensionales» entre otros, es menester precisar, que como quiera que el título pensional fue emitido, liquidado y redimido su valor de $240.548.000 y consignado en la cuenta de ahorro individual a favor del afiliado, dicho monto integra los recursos, cuya*

finalidad es la financiación de la prestación de vejez del actor en el RPM administrado por Colpensiones, objetivo del proceso y de la condena impuesta por el Tribunal, no es posible el reintegro del referido valor representado en el aludido bono pensional.

De la mencionada orden contenida en el fallo cuestionado, no se desprende ningún yerro del juez de segunda instancia, y tampoco la imposibilidad para que Protección S.A., cumpla con lo decidido por dicha autoridad judicial, pues en manera alguna se desconoció que para la financiación de la pensión de vejez del demandante, a quien se le habían trasladado sus aportes mediante el título pensional emitido por la OBP del Ministerio recurrente a la AFP Protección S.A., esta debía remitir a Colpensiones el valor de $240.548.000, representados en el bono pensional liquidado y remitido que recibió, por haber ingresado a la cuenta de ahorro individual del actor de la que hace parte, además de las cotizaciones y demás emolumentos, que se efectuaron durante el tiempo en que estuvo vinculado a aquella.

En línea con lo expuesto, esta Corte en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 reiterada en CSJ SL4989-2018, señaló:

Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:

[…]

"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.

El criterio expuesto fue reiterado en las sentencias CSJ SL4175-2021 y SL1565-2022, en los siguientes términos:

Por tal razón, esa declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020, CSJ SL5595-2021).

[…].

Y en la CSJ SL1499-2022, también se dijo:
[…].

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.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

[…].

Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima» (Subrayas fuera de texto).

De todo lo discurrido, colige esta Sala, que no se encuentran demostrados los yerros jurídicos ni fácticos enrostrados por la censura, toda vez que la sentencia atacada fue proferida bajo los criterios de Corte, razón por la cual los cargos resultan infundados."

Es así como no goza de prosperidad este punto y, en tal sentido, la decisión de primera instancia habrá de revocarse parcialmente, en el entendido que el bono Tipo A generado por parte de LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – OFICINA DE BONOS PENSIONALES con destino de PROTECCIÓN S.A. y a favor del demandante, también deberá ser girado por parte de la AFP con destino a COLPENSIONES.

SIN COSTAS en esta instancia como quiera que el recurso de apelación formulado por COLPENSIONES 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 los numerales segundo y tercero de la sentencia de primer grado proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **CONDENAR** a la demandada PROTECCIÓN S.A., que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto a las sumas correspondientes a rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo que estuvo afiliada 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.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia, para en su lugar **ORDENAR** a PROTECCIÓN S.A. que el bono pensional Tipo A generado por LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – OFICINA DE BONOS PENSIONALES por valor de $74.264.000 sea trasladado con destino a COLPENSIONES conforme a lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSE 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 **31 2022 00378 01**
Demandante:	SERGIO FRANCISCO RAMÍREZ GARCÍA
Demandados:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de PORVENIR S.A. a la abogada CAMILA SOLER SÁNCHEZ, identificada con cédula de ciudadanía 1.014.290.875 y T.P. 352.159 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

Igualmente, se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada AMALIA LOAIZA, identificada con cédula de ciudadanía 1.117.532.254 y T.P. 384.062 del C. S. de la Judicatura.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, en contra de la sentencia proferida el 15 de mayo de 2023 por el Juzgado Treinta y Uno 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 SERGIO FRANCISCO RAMÍREZ GARCÍA promovió demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., a fin de declararse como ineficaz la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, siendo válida la realizada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida a través del extinto ISS.

Asimismo, pretende se retrotraigan los efectos de la afiliación en el régimen privado, por lo que se deberá trasladar con destino a COLPENSIONES la información y dineros aportados como si el traslado nunca se hubiese realizado, pago de costas procesales y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones refirió que, desde inicios de su vida laboral, perteneció al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrada por el ISS, presentando cotizaciones desde el mes de marzo de 1987 hasta el mes de marzo de 1996.

Expuso que suscribió formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PORVENIR S.A. el 15 de marzo de 1996, así como que presentó un traslado horizontal por intermedio de COLFONDOS S.A.

Asimismo, relató que, desde la afiliación inicial al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no recibió ninguna asesoría profesional que le permitiera evaluar sus verdaderas condiciones pensionales, pues solo recibió información que le motivara afiliarse y permanecer en dicho régimen, sin recibir comparativos y paralelos entre ambos regímenes pensionales, ni explicación de los riesgos o desventajas de permanencia.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLFONDOS S.A. contestó la demanda indicando que en lo que respecta al demandante, le fue brindada una asesoría de manera integral y completa

acerca de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen pensional y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias de ambos regímenes pensionales, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen lo aportes en dicho régimen, entre otros aspectos.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y la de compensación y pago.

PORVENIR S.A. contestó la demanda arguyendo que al actor se le informó de manera clara, veraz, objetiva y oportuna sobre las condiciones, características, requisitos y funcionalidades de ambos regímenes pensionales conforme a la normatividad vigente para la fecha y las particularidades propias del actor para la anualidad de la afiliación, sin ninguna clase de acoso o información errada o engañosa.

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.

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, bajo el entendido que el demandante no probó ninguna causal de que la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad hubiese sido nula, como quiera que la misma cumple con los presupuestos legales para su exigencia y no infringe la norma.

Impetró las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, 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, buena fe y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 15 de mayo de 2023, resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen realizado por SERGIO FRANCISCO RAMÍREZ GARCÍA, teniéndolo como válidamente afiliado en el RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES la totalidad de sumas de dinero que descontó de lo aportado por el demandante, correspondiente a gastos de administración, valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima, debidamente indexados.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES la totalidad de sumas de dinero que recibió del demandante junto con sus rendimientos y frutos civiles, sin que pueda descontar suma alguna de dinero por concepto de gastos de administración, valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima en el evento de que haya descontado gastos de administración, valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima, deberá trasladarlos a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES debidamente indexados.*
>
> ***CUARTO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a recibir al demandante en el RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA como si nunca se hubiese trasladado de régimen.*
>
> ***QUINTO: CONDENAR** a las demandadas COLFONDOS y PORVENIR al pago de costas y agencias entre hecho cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente, sin costas a cargo de COLPENSIONES."*

Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia refirió que en el presente asunto era pertinente la intervención del Ministerio Público, conforme lo señalado por la jurisprudencia del Alto Tribunal de cierre de esta especialidad. Además, trajo a colación los artículos 48, 53 y 93 de la Constitución Política, que hacen alusión al derecho a la seguridad social. A continuación, memoró que la Ley 100 de 1993 establece dos regímenes

pensionales, como son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, régimen este último al cual se encuentra afiliado el actor cuando inicialmente se afilió por intermedio de PORVENIR S.A. en el año 1996, efectuando un traslado horizontal a través de COLFONDOS S.A. en el año 1997.

Añadió que el presente asunto sería abordado desde el régimen de las ineficacias por agresión al deber de información de acuerdo a los planteamientos de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, además, adujo que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, consagra las características del sistema integral de seguridad social, el cual, en su literal b), establece que la selección de cualquiera de los dos regímenes antes descritos es voluntaria y debe constar por escrito, así mismo que el quebrantamiento a tal disposición conlleva a las sanciones del artículo 271 *ejusdem*. Además, mencionó los artículos 11 del Decreto 692 de 1994 y 12 del Decreto 720 de 1994, que imponen la obligación de asesoría de parte de los fondos de pensiones.

De esa forma, al verificar los hechos de la demanda que contienen negaciones indefinidas y al examinar los diferentes medios de prueba allegados al informativo, concluyó que el fondo privado no acreditó el deber de información, el cual no se corrobora con la suscripción del formulario de afiliación y menos aún se obtuvo confesión alguna del interrogatorio de parte del actor. Declarando la ineficacia del traslado y la consecuente devolución de los emolumentos que conlleva tal decisión.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Argumentó en su alzada que al aquí demandante no le asiste el derecho de retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida en atención de lo preceptuado en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, al igual que no se observan elementos probatorios que adviertan ausencia alguna del deber de información, máxime si se tiene en cuenta que el actor realizó un traslado horizontal dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

PORVENIR S.A. por su parte adujo en su alzada que debe revocarse la decisión de primera instancia de manera parcial, en el sentido que debe absolvérsele a razón de la condena de gastos de administración, seguros previsionales y lo destinado al fondo de pensión de garantía mínima indexado, toda vez que durante el tiempo en que el actor permaneció afiliado ante sus dependencias, dichos descuentos fueron realizados de manera legal en los términos preceptuados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, sin que se encuentren destinado a retornar al régimen público.

Que en lo que atañe a los seguros provisionales, los mismos cubrieron su finalidad y fueron contratados mes a mes con las respectivas aseguradoras para cubrir las potenciales pensiones de invalidez y sobrevivencia durante el tiempo en que el actor permaneció afiliado, sin que tampoco se puedan devolver de manera indexada como quiera que se incurriría en un doble pago.

COLFDONDOS apeló arguyendo que no resulta procedente la devolución por los gastos de administración, ya que esta figura no está soportada normativamente para que sea objeto de devolución, pues si bien los actos de afiliación dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se declararon ineficaces, la afiliación ante sus dependencias supera más de 15 años, generándose así los rendimientos que aquí se solicitan, situación que también versa frente a los seguros previsionales y la indexación.

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 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 fueron aportados los formularios de afiliación que efectuara el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. el 15

de marzo de 1996 y por intermedio de COLFONDOS S.A. el 4 de agosto de 1997 (Fls. 35 y 36 - PDF 03 ANEXOS, fl. 20 – PDF 08 CONTESTACIÓN DEMANDA COLFONDOS y fl. 27 – PDF 09 CONTESTACIÓN DEMANDA PORVENIR), 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 SERGIO FRANCISCO RAMÍREZ GARCÍA en el interrogatorio de parte a él 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 PORVENIR S.A. en el año 1996 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 y el derecho de retracto.

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 1996, 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 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.

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

> *"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).*
>
> *"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.*

Así las cosas, es evidente que los gastos de administración deban indexarse y demás rubros apelados, más aún cuando tal aspecto en manera alguna se compensa por los rendimientos, aspectos todos por lo que la decisión de primera instancia habrá de confirmarse.

COSTAS en esta instancia a cargo de las encartadas por cuanto no gozaron de prosperidad los recursos de apelación interpuestos.

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 15 de mayo de 2023 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.
Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de cada una de las recurrentes PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES. Se fija como agencias en derecho la suma de $500.000, a favor 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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA LABORAL

Ordinario Laboral	1100131050 **32 2020 00456 01**
Demandante:	EDILBERTO BARRERA LOZANO
Demandado:	FL COLOMBIA S.A.S.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de 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 28 de noviembre de 2022 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor EDILBERTO BARRERA LOZANO promovió demanda ordinaria laboral en contra de FL COLOMBIA S.A.S., a fin de declararse con dicha encartada la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 5 de mayo de 2014 y el 18 de febrero de 2019, así como que se encontraba afiliado a la Organización Sindical SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DEL SISTEMA AGROALIMENTARIO – SINALTRAINAL.

Asimismo, se declare que fue despedido sin justa causa el 18 de febrero de 2019 pues no se logró demostrar su justeza ya que no incumplió con ninguna

de las obligaciones asignadas a su cargo, así como que la encartada no llevó a cabo el correspondiente proceso disciplinario previo al finiquito laboral, por lo que el mentado despido es nulo.

Por consiguiente, se condene a la demandada FL COLOMBIA S.A.S. a reintegrarlo al cargo de Conductor de Vehículo de Carretera, en las mismas o mejores condiciones laborales y salariales, junto con el pago de salarios, primas de servicios, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones y aportes pensionales desde el momento del despido hasta que se haga efectivo el reintegro.

Igualmente, se le condene a la pasiva al pago de perjuicios morales a razón de daño a la vida en relación, derechos constitucionales, derechos humanos y expectativas legítimas y perjuicios materiales causados como consecuencia de la desvinculación injusta e ilegal, valor que deberá ser indexado en los términos del artículo 16 del Decreto 446 de 1998, indexación, lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita* y costas procesales.

Como pretensiones subsidiarias, persigue se le condene a la demandada al pago de la indemnización por despido sin justa causa, pago de perjuicios morales a razón de daño a la vida en relación, a los derechos constitucionales, derechos humanos y expectativas legítimas y perjuicios materiales causados con ocasión de la desvinculación injusta e ilegal, valor que deberá ser indexado en los términos del artículo 16 del Decreto 446 de 1998, indexación, lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita* y costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que suscribió contrato de trabajo a término fijo con FL COLOMBIA S.A.S. el 5 de mayo de 2014, el cual a través de la firma de otrosí del 15 de octubre de 2014 mutó a término

indefinido, siendo contratado para desempeñar el cargo de Operador de Vehículo, devengando una retribución salarial variable que dependía de la realización de diferentes viajes y desarrollando turnos de 24 horas por 24 horas.

Refirió que el 9 de febrero de 2017 y el 15 de marzo de 2017 estuvo afiliado sindicalmente, siendo su última afiliación en la Organización Sindical SINALTRAINAL, por lo que comenzó a ser perseguido laboralmente por la empleadora, de allí que cambiara la asignación de sus viajes, lo que conllevaba a que se generara una disminución en el salario perseguido.

Que a través de la Organización Sindical SINALTRAINAL se presentó un pliego de peticiones a la encartada, por lo que los directivos de la empresa realizaron una reunión para todos los operadores el 17 de febrero de 2017, sin que a él como trabajador se le hubiese permitido el ingreso a la misma, donde se le manifestó a sus compañeros de trabajo que aquellos que se afiliaran sindicalmente generarían el despido de los demás.

Expuso que, con ocasión de lo anterior, a partir del 7 de junio de 2019 cambiaron nuevamente sus condiciones contractuales, por lo que el 23 de noviembre de esa anualidad, remitió carta a la empresa comunicando las conductas de acoso laboral y discriminación, a lo cual el 4 de septiembre de 2017 recibió comunicación del comité de convivencia, quien le manifestó que cerraría el caso por falta probatoria, sin iniciar una investigación preliminar.

Que el 18 de enero de 2019 la encartada le realizó un llamado de atención por presuntamente no realizar los viajes programados para los días 8, 17 y 31 de diciembre de 2017 y 1º de enero de 2018, dando apertura a un proceso disciplinario el 11 de enero de 2018 y citación a descargos en el mes de abril de esa anualidad.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

FL COLOMBIA S.A.S. contestó la demanda manifestando que con el demandante se suscribió un contrato de trabajo de trabajo inferior a término fijo inferior a un año que inició el 4 de agosto de 2014, siendo prorrogado en el tiempo atendiendo los preceptos legales que rigen la materia mediante Otrosí del 15 de octubre de 2014 y definiéndose a término indefinido, donde cumplió con todas las obligaciones como empleadora, así como que el actor desempeñó el cargo de Operador de Vehículo de Carga.

Asimismo, indicó que para con el demandante se pactó el pago de un salario variable determinado por cada recorrido o viaje que éste realizara.

Que en lo que atañe al despido efectuado al demandante, ocurrió a razón de que el actor durante el transporte de carga asignado realizó paradas prohibidas en la ruta que le fue asignada, así como que durante el trayecto de esa ruta el actor llevó a cabo acciones tendientes a desviar el combustible del vehículo automotor que le había sido asignado, al igual que permitió el acceso al vehículo a personas ajenas a su trabajo, incumpliendo así gravemente con su obligación de recibir y aceptar las órdenes, instrucciones y correcciones relacionadas con el trabajo.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia de la obligación, prescripción y compensación.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 28 de noviembre de 2022 declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación, absolviendo a la demandada FL COLOMBIA S.A.S. de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, indicó el operador de instancia en primer lugar que no fue discutido el contrato de trabajo a término indefinido celebrado entre las partes por el periodo comprendido entre el 5 de mayo de 2014 y el 18 de febrero de 2019 para desempeñar el cargo de Conductor.

Argumentó que, en la demanda presentada por el demandante, señor EDILBERTO BARRERA LOZANO, se adujo que no se adelantó proceso disciplinario alguno previo a la terminación del contrato de trabajo, aspecto que fue aceptado por la demandada FL COLOMBIA S.A.S.

Bajo este escenario, estimó que teniendo en cuenta lo establecido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el proceso disciplinario es una situación diferente a la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa, sin que sea necesario adelantar un procedimiento previo para el finiquito laboral, salvo que así se encuentre establecido en el contrato de trabajo, reglamento interno o convención colectiva de trabajo.

Por ello, refirió que si bien la encartada dentro del reglamento interno de trabajo contaba con un procedimiento sancionatorio al cual se le debe brindar la posibilidad al trabajador de manifestar sus explicaciones sobre la presunta falta cometida, lo cierto es que tal aspecto es distante de la terminación unilateral del contrato de trabajo con justa causa, concluyendo que dentro del asunto de marras a pesar de que no exista procedimiento administrativo previo para calificar el despido del demandante, el despido realizado al actor no se encuentra afectado de nulidad o ineficacia como así se reclama en el *petitum*.

De otra parte, refirió que teniendo en cuenta la pretensión de carácter subsidiario atinente a la terminación del contrato de trabajo sin justa causa, es obligación del empleador comunicar al trabajador al momento del finiquito

laboral la causal o motivación, sin que posteriormente pueda variarlos, siendo también necesario que en la comunicación se especifiquen o precisen los hechos que sustentan la determinación del despido, con la finalidad de que la otra parte conozca las razones las razones según lo preceptuado en el artículo 62 del C.S.T.

En tal sentido, coligió el *a-quo* que se logró acreditar la ocurrencia del hecho que conllevó a la finalización del contrato de trabajo de la encartada para con el demandante, como lo fue que el actor en sus labores de conductor se detuvo en tres oportunidades diferentes en un sitio que prohibía la compañía, más aún si de las pruebas testimoniales practicadas se demostró que el vehículo que estaba siendo operado por el demandante fue manipulado por una tercera persona durante alguna de esas detenciones, considerando que con esas conductas el trabajador incurrió en el incumplimiento de las obligaciones a su cargo, así como la incursión de prohibiciones, lo que condujo a que FL COLOMBIA S.A.S. finalizara el contrato sin justa causa como quedó consignado en la comunicación del 18 de febrero de 2019.

Al unísono, sostuvo el fallador de instancia que si bien fueron puestos en conocimiento por parte del demandante algunos hechos sucedidos con anterioridad a la terminación del contrato de trabajo durante los años 2017 y 2018, los mismos no tienen relación con la decisión de la empleadora de haber dado por terminado el contrato de trabajo, sumado a que más allá de acreditarse que el actor presentó una queja por acoso laboral y supuesta persecución por ser un trabajador sindicalizado, no se encuentran acreditadas esas situaciones en el plenario.

III. RECURSOS DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Argumentó en su alzada que no existe una prueba contundente que demostrara la justeza del despido alegada por la empleadora, vulnerándose así el debido proceso.

Que la carta de despido es ineficaz por cuanto no se le permitió ejercer el derecho de defensa y contradicción frente a los hechos que allí se pregonaron, generando así una nulidad frente a todo la actuación e ineficacia frente a las decisiones aportadas.

Que los interrogatorios de parte no lograron demostrar que el sitio de Simijaca Santander hubiese sido notificado al trabajador como un sitio de zona prohibida o zona roja, como tampoco que esa prohibición se le hubiese comunicado en su calidad de trabajador, aspecto que se acompasa con la prueba testimonial recaudada en juicio.

Que como trabajador nunca reconoció haber sustraído gasolina de la empresa, ni que un tercero manipulara el vehículo automotor que se le había asignado, como tampoco aceptó conocer la prohibición de parar en la zona de Simijaca Santander.

Que, en el campo del derecho disciplinario, la Alta Corporación Constitucional ha señalado que existen particularidades, admitiéndose cierta flexibilidad la cual no es absoluta, pues no debe ser limitada de forma que conduzca a la arbitrariedad de la administración en la imposición de sanciones.

Al unísono, explicó que los videos allegados al plenario son ilegibles y además no pueden atenderse ceñidos al debido proceso al tenor de la jurisprudencia constitucional, máxime si existieron situaciones que vulneraron derechos como trabajador al no ponérsele en conocimiento las pruebas objeto de la conducta endilgada para finalizar el contrato de trabajo.

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 en la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal que invalide lo actuado, en atención al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante la Sala auscultará si hay lugar a declarar la nulidad o ineficacia del despido que la encartada FL COLOMBIA S.A.S. realizara para con el demandante, ello con la finalidad de establecer si resulta procedente el reintegro del señor EDILBERTO BARRERA LOZANO, junto con el pago de salarios, prestaciones sociales y perjuicios morales.

Subsidiariamente si el contrato de trabajo finalizó sin justa causa, para que así sea procedente el pago de la indemnización por despido sin justa causa reglada en el artículo 64 del C.S.T., junto con los perjuicios.

c. De la relación laboral celebrada entre las partes:

Sea lo primero indicar que no fue objeto de reproche que entre el aquí demandante señor EDILBERTO BARRERA LOZANO y la demandada FL COLOMBIA S.A. existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 5 de mayo de 2014 y el 18 de febrero de 2019, el cual finalizó por parte de la encartada ante bajo la argumentación de una justa causa, prueba de ello lo son la copia del vínculo contractual que inicialmente se suscribió a término fijo de tres meses y que a través de otrosí del 15 de octubre de 2014 tuvo una transformación a indefinido, carta de culminación del finiquito comunicada

por la pasiva al trabajador el mismo 18 de febrero de 2019 y la certificación laboral fechada el 4 de marzo de esa anualidad (Fls. 118 a 124, 126 y 178 – PDF 01 DEMANDA y CARPETA 08 ANEXOS CONTESTACIÓN DEMANDA).

d. De la ineficacia o nulidad del despido efectuado al trabajador señor EDILBERTO BARRERA LOZANO:

En este punto, pertinente resulta indicar que según se desprende de las pretensiones de la demanda y según lo determinado por el *a-quo* en cuanto a la identificación del problema jurídico objeto de resolución de la sentencia de primera instancia, el demandante pretende se declare la ineficacia o nulidad del despido con la finalidad de que sea reintegrado, ello por cuanto no se llevó a cabo previo al finiquito, procedimiento disciplinario alguno sobre la conducta endilgada.

Bajo esta óptica, la Sala de Casación Laboral ha precisado que las obligaciones que le incumben en tratándose como las causales propias del C.S.T., deben ser evaluadas por el Juez del trabajo y no por las partes, mientras que las establecidas en pactos o convenciones, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, sí se determinan como causal justa para el finiquito laboral, deben ser entendidas como tal, así se precisó en la sentencia SL2309-2020, radicación No. 81231 del 7 de julio de 2020.

Asimismo, la Corte en sentencia SL187-2018 lo siguiente:

> *"Sobre la hermenéutica del citado texto normativo ya ha tenido oportunidad de pronunciarse esta Corporación, entre otras sentencias en la proferida el 18 de septiembre de 1973, en la cual se dijo:*
>
> *"Es indudable que en el numeral 6° del aparte a) del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, se consagran dos situaciones diferentes que son causas de terminación unilateral del contrato de trabajo. Una es <cualquier violación grave de las obligaciones y prohibiciones que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código*

Sustantivo del Trabajo> y otra es <… cualquier falta grave calificada como tal en pactos o en convenciones colectivas, fallos arbitrales, contractuales o reglamentos...>.

"En cuanto a la primera situación contemplada por el numeral señalado, es posible la calificación de la gravedad de la violación (…) En cuanto a la segunda situación contemplada por el numeral referido, es claro que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentarios en que se consagran esas faltas con tal calificativo…'

"'El diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, edición 1970 dice que falta en su segunda acepción es: <Defecto en el obrar, quebrantamiento de la obligación de cada una> y en cuanto a la violación indicada: <Acción y efecto de violar>, y define el verbo violar como <infringir> o quebrantar una ley o precepto'.

"Por lo anterior se concluye que la diferencia entre violación de las obligaciones del trabajador y la falta cometida por el mismo, no es lo que determina la diferencia entre las dos partes del numeral indicado. La violación de las obligaciones y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, constituye por sí misma una falta, pero esa violación ha de ser grave para que resulte justa causa de terminación del contrato. Por otra parte, cualquier falta que se establezca en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, implica una violación de lo dispuesto en tales actos, que si se califica en ellos de grave, constituye justa causa para dar por terminado el contrato.

"En el primer concepto la gravedad debe ser calificada por el que aplique la norma, en el segundo la calificación de grave ha de constar en los actos que consagran la falta …'

"Y en sentencia de 19 de septiembre de 2001, radicación 15822, así razonó esta Corporación:

"Sobre esta facultad, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral ha esbozado en múltiples fallos que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos en los que se estipulan esas infracciones con dicho calificativo. Por ello, cualquier incumplimiento que se establezca en aquéllos, implica una violación de lo dispuesto en esos actos, que si se califican de grave, constituye causa justa para fenecer el contrato; no puede, el juez unipersonal o colegiado, entrar de nuevo a declarar la gravedad o no de la falta. Lo debe hacer, necesariamente, cuando la omisión imputada sea la violación de las

> *obligaciones especiales y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del C.S. del T. Lo importante es que el asalariado incurra en una de las faltas calificadas de graves por el reglamento interno de trabajo, sin importar si ella, produjo daño o beneficio para la entidad patronal"* (Subraya la Sala)."

En tal sentido, el Alto Tribunal determina inicialmente y en forma clara al tenor de lo estatuido en el artículo 62 del C.S.T., que en tratándose de aspectos derivados del contrato de trabajo, reglamentos, pactos o convenciones, es ese propio compendio de regulaciones quien decide si resulta de asidero un procedimiento disciplinario o semejanza previo al despido, pues de lo contrario, el legislador faculta para que sea el Juez del trabajo quien dirime el aspecto o circunstancia del despido según las causales propias de la normativa laboral.

De otro lado, en lo que concierne al proceso disciplinario en virtud del debido proceso, la jurisprudencia ha puesto de presente que el trámite administrativo adelantado por el empleador, debe llevarse a cabo teniendo en cuenta todas las prerrogativas que determine el mismo reglamento de trabajo y demás disposiciones semejantes, inclusive resguardando el artículo 29 constitucional, otorgándole al trabajador la oportunidad de defensa a través de distintos mecanismos, así lo recalcó en sentencia SL029-2023, Radicación No. 93370 del 24 de enero de 2023, en la que sostuvo:

> *"Sobre el asunto debe advertirse que, de manera pacífica, reiterada y constante, ha considerado esta Sala, en cuanto al carácter del despido, que por regla general no constituye un acto sancionatorio, sino una facultad de la que el legislador quiso revestir al empleador, y que por ello no está sujeta a formalidades procesales previas. Empero, si se le endilga al trabajador la comisión de justas causas, se le debe dar una oportunidad de defensa, ajena a procedimientos rígidos, pero que garantice el debido proceso, y por supuesto, en el evento en que las partes del contrato de trabajo le quieran dar el alcance de verdadera consecuencia disciplinaria, debe respetarse el procedimiento que ellas dispongan, bien sea en convenciones, pactos colectivos, reglamentos, en el mismo contrato o en cualquier instrumento que ligue a las partes en el marco de su relación*

laboral. Así lo ha establecido la Corte en providencias como la CSJ SL1524 -2014, SL3691-2016, SL1981-2019, SL2351-2020 y SL496-2021. En esta última adoctrinó:

Desde otro horizonte, no se desconoce por parte de la Corte y así ha precisado el precedente de la Sala de Casación Laboral, que el debido proceso constituye un derecho que en principio, presupone la existencia de un procedimiento judicial o administrativo, y que en tratándose de la terminación del contrato con justa causa por parte del empleador, la vulneración del derecho al debido proceso se puede predicar, por regla general, en el evento de que dentro de la empresa se haya previsto expresamente un procedimiento para despedir (CSJ SL2351-2020). Lo anterior no implica que pueda desconocerse el derecho de defensa. Ha dicho la jurisprudencia expresamente que:

No significa lo antes expuesto que el empleador no tenga límites al momento de tomar la decisión del despido con justa causa, pues, de vieja data, esta Corte ha venido reconociendo garantías del derecho de defensa en la forma como el empleador puede hacer uso de la decisión de finalizar el vínculo con base en una justa motivación, en arreglo a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico laboral; estas se pueden resumir así: a) la necesaria comunicación al trabajador de los motivos y razones concretos por los cuales se va a dar por terminado el contrato, sin que le sea posible al empleador alegar hechos diferentes en un eventual proceso judicial posterior; deber este que tiene como fin el garantizarle al trabajador la oportunidad de defenderse de las imputaciones que se le hacen y el de impedir que los empleadores despidan sin justa causa a sus trabajadores, alegando un motivo a posteriori, para evitar indemnizarlos[1]; b) la inmediatez que consiste en que el empleador debe darlo por terminado inmediatamente después de ocurridos los hechos que motivaron su decisión o de que tuvo conocimiento de los mismos; de lo contrario, se entenderá que éstos han sido exculpados, y no los podrá alegar judicialmente; c) adicionalmente, que se configure alguna de las causales expresa y taxativamente enunciadas en el Código Sustantivo de Trabajo; y d) si es del caso, agotar el procedimiento a seguir para el despido incorporado en la convención colectiva, o en el reglamento interno de trabajo, o en el contrato individual de trabajo."

Por otra parte, en tratándose del debido proceso disciplinario, en cuanto a la materialización de la defensa, la Corte Constitucional en sentencia C-593 de 2014 ha delimitado requisitos mínimos en aras de que se constituya un

[1] El Parágrafo del artículo 62 del CST que contiene la carga de la comunicación de la causal al momento de la decisión de terminar el contrato, por cualquiera de las partes, fue declarado exequible mediante sentencia CC C-594 de 1997.

procedimiento adecuado para que el empleador resguarde garantías mínimas del trabajador:

> *"En aras de garantizar y hacer efectivo las garantías consagradas en la Constitución Política, la jurisprudencia ha sostenido que es "indispensable que los entes de carácter privado fijen unas formas o parámetros mínimos que delimiten el uso de este poder y que permitan al conglomerado conocer las condiciones en que puede o ha de desarrollarse su relación con éstos. Es aquí donde encuentra justificación la existencia y la exigencia que se hace de los llamados reglamentos, manuales de convivencia, estatutos, etc., en los cuales se fijan esos mínimos que garantizan los derechos al debido proceso y a la defensa de los individuos que hacen parte del ente correspondiente". De igual forma, se ha especificado que en los reglamentos a los que se alude* ***"es necesario que cada uno de las etapas procesales estén previamente definidas, pues, de lo contrario, la imposición de sanciones queda sujeta a la voluntad y arbitrio de quienes tienen la función de solucionar los conflictos de los implicados". Además, ha agregado que tales procedimientos deben asegurar al menos: La comunicación formal de la apertura del proceso disciplinario a la persona a quien se imputan las conductas posibles de sanción; la formulación de los cargos imputados, que puede ser verbal o escrita, siempre y cuando en ella consten de manera clara y precisa las conductas, las faltas disciplinarias a que esas conductas dan lugar y la calificación provisional de las conductas como faltas disciplinarias; el traslado al imputado de todas y cada una de las pruebas que fundamentan los cargos formulados; la indicación de un término durante el cual el acusado pueda formular sus descargos, controvertir las pruebas en su contra y allegar las que considere necesarias para sustentar sus descargos; el pronunciamiento definitivo de las autoridades competentes mediante un acto motivado y congruente; la imposición de una sanción proporcional a los hechos que la motivaron; y la posibilidad de que el encartado pueda controvertir, mediante los recursos pertinentes, todas y cada una de las decisiones****."***

Pues bien, conforme a lo decidido por el *a-quo*, advierte la Sala que confrontado el Reglamento Interno de Trabajo de FL COLOMBIA S.A.S. (CARPETA 08 ANEXOS CONTESTACIÓN DEMANDA), se aprecia que la empleadora discriminó en los artículos 42 y siguientes las obligaciones especiales tanto para la empresa como a los trabajadores, las escalas de faltas y sanciones,

comprobación de faltas y formas de aplicación de dichas sanciones disciplinarias en la que se regula un procedimiento a efectos de ser escuchado al trabajador en diligencia de descargos, pero sin que en ningún momento se hubiese adoptado un criterio de regulación administrativa en aras de finalizar un contrato de trabajo.

Significa lo anterior, que al no existir regulación interna por parte de la empleadora acerca de las conductas, actuares, procedimientos o líneas a seguir a efectos de determinar las formas de finalizar los contratos de trabajo, resulta inoperante que pretenda el demandante la ineficacia o nulidad del despido a través de la ausencia de un proceso disciplinario, que se reitera no fue regulado por el FL COLOMBIA S.A.S. en su calidad de empleadora.

Ello por cuanto, la prerrogativa del procedimiento disciplinario a pesar de que se encuentre regulada inclusive a rango constitucional, no es óbice para que al tenor de lo preceptuado en el artículo 62 del C.S.T., modificado por el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, sea la única manera de poner fin al vínculo contractual, ya que precisamente ante la tipicidad de las conductas de los extremos que componen la relación laboral dispuestas en el mismo compendio normativo, es que puede analizarse por el Juez del trabajo si los actuares que condujeron al finiquito se ajustan a derecho, situaciones todas por las que se confirmará este puntualísimo aspecto sobre la no procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado.

Lo dicho conlleva a su vez a que no goce de prosperidad lo que atañe al reintegro perseguido y demás pretensiones derivadas de esta principal.

e. **De la pretensión subsidiaria atinente al reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa dispuesta en el artículo 64 del C.S.T.:**

Procede entonces la Sala a analizar si la conducta llevada a cabo por FL COLOMBIA S.A.S. de poner fin el contrato de trabajo al señor EDILBERTO BARRERA LOZANO. Así las cosas, en tratándose a la demostración de la terminación del contrato de trabajo por despido sin justa causa, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia, tales como la sentencias SL4416-2021, Radicación No. 82850 del 22 de septiembre de 2021, SL4233-2021, Radicación No. 79105 del 14 de septiembre de 2021, SL1684-2022, Radicación No. 86012 del 17 de mayo de 2022, SL1582-2022, Radicación No. 85407 del 10 de mayo de 2022, SL1459-2022, Radicación No. 88111 del 4 de mayo de 2022, entre otras, ha enfatizado que le corresponde al trabajador demostrar el despido y, al empleador, probar la justa causa invocada para la terminación del contrato de trabajo.

En este escenario, palmario resulta para la Sala que atendiendo la carga probatoria que le asiste al demandante al tenor de lo preceptuado en el artículo 167 del C.S.T., la misma se acreditó a plenitud como quiera que, certificó al plenario la carta de terminación de la relación laboral que se expidiera por la encartada el 18 de febrero de 2020, documento que por demás no fue refutado de falso y que incluso también se aportó por la empleadora VQ FL COLOMBIA S.A.S.; circunstancia por la cual, le atañe al empleador comprobar que las conductas allí consignadas para el soporte del finiquito sucedieron dentro de un escenario legal entendido como una terminación justa.

Así las cosas, la referida carta argumenta lo siguiente:

> *"Bogotá D.C., 18 de febrero de 2019*
>
> *Señor*
> ***EDILBERTO BARRERA LOZANO***
> *Ciudad*

Asunto: *Terminación de su contrato de trabajo por justa causa comprobada*

FL COLOMBIA S.A.S. *se permite informarle que ha decidido dar por terminado su contrato de trabajo de manera unilateral con justa causa comprobada; que se hará efectiva a la finalización de la jornada de trabajo del día 18 de febrero de 2018.*

La decisión tiene fundamento en los siguientes hechos ciertos:

1. La compañía tuvo conocimiento que usted el 11 de enero de 2019, cuando conducía la unidad de placas SWQ355 durante viaje asignado con origen Bogotá -Chiquinquirá, exactamente en el sector de Simijaca, Cundinamarca; se detiene por espacio de 30 minutos fuera de la vía, en compañía de un tercero ajeno a ***FL COLOMBIA S.A.S.*** *Punto identificado por la empresa y reconocido dentro del gremio de transporte de carga, por su destinación para la extracción ilegal de combustible.*

Usted no reportó al supervisor ninguna novedad, y en general, tampoco informó al área de operaciones sobre dicha parada intempestiva en el curso de la ruta del 11 de enero de 2019.

2. Con lo anterior, al interior de la empresa se inició una investigación con ocasión a la información recibida sobre los hallazgos encontrados y comentados, obteniendo así los reportes del área de Operaciones, de la Coordinación de Seguridad y Prevención de Riesgos (CPR) junto a reporte de satelitales de ubicación de la unidad; determinando que ciertamente se presentaron malas prácticas operativas, conductas graves y reprochables de su parte, para con las obligaciones adquiridas legal y contractualmente con la empresa.

3. Se estableció que el lunes 4 de febrero de 2019, durante el viaje con ruta Bogotá -Barbosa sobre las 1:20 pm. manejando la unidad de placas SWQ355 con Remolque S21819, nuevamente se detuvo a la salida de Simijaca (Cundinamarca) y se le vio estacionado a un lado de la carretera frente a una casa sin actividad alguna de comercio (más exactamente en las coordenadas 5.522398,-73.8350049).

Dicho día, de nuevo, usted estaba acompañado de una persona ajena a la empresa con la unidad asignada detenida y, como ya se mencionó, en un sitio reconocido por el comercio y manipulación ilegal de combustible. Poniendo en riesgo su integridad, la seguridad del equipo automotor asignad como herramienta de trabajo e incluso la carga del cliente.

Sobre este detenimiento, usted no reportó al supervisor y, en general, tampoco informó o justificó al área de operaciones sobre novedad

alguna en el curso de la ruta respecto a alguna falla con la unidad, del combustible o problemas de su parte.

4. El jueves 7 de febrero de 2019, cuando cubría la ruta Bogotá - Chiquinquirá sobre las 12:40 pm., se le vio por tercera (3") ocasión detenido a un lado de la vía en el mismo sector de Simijaca, con la unidad asignada SWQ355.

Usted no reportó al supervisor ninguna novedad, y en general, tampoco informó al área de operaciones sobre dicha parada anormal y sin razón alguna, en el curso de la ruta. Como tampoco, al área de mantenimiento por si había alguna falla en la unidad.

En desarrollo de su contrato, usted tiene como obligación especial prestar sus servicios con el cumplimiento de las normas legales, los procedimientos internos operativos, Reglamento interno de trabajo, Código de Ética y demás normas internas establecidos por la compañía.

El artículo 62 del C.S.T., modificado por el artículo 7 del Decreto Ley 2351 de 1965, en su literal A) numerales 1, consagra lo siguiente:

"ARTÍCULO 62. TERMINACIÓN DEL CONTRATO POR JUSTA CAUSA. Son justas causas para dar por terminado el contrato unilateralmente el contrato de trabajo:

(A) Por parte del patrono:

(---)

5. Todo acto inmoral o delictuoso que el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar de trabajo o en el desempeño de sus funciones.

6. ***Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.***

(--)

10. ***La sistemática inejecución, sin razones válidas, por parte del trabajador, de las obligaciones convencionales o legales****, (Subrayado y resaltado fuera del texto original).*

Dentro de sus obligaciones especiales como Operador de Vehículo, pactadas en la ***Cláusula Segunda*** *de su contrato de trabajo, tiene que:*

Son obligaciones y/o funciones de EL TRABAJADOR, además de las señaladas el artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo):

2) Identificar y reportar la presencia de problemas que afecten su labor al jefe inmediato.

10) Cumplir con las rutas asignadas para los desplazamientos.
(...)
12) Responsabilizarse por el buen manejo del vehículo asignado, debiendo responder aun en lo económico de los daños que por su culpa o negligencia ocasione al mismo.
(...)
15) Respetar el conducto regular.
(...)
30) Las demás que en ejercicio de su cargo le imponga la empresa, por ser propias o complementarias del mismo.

Para mayor claridad transcribimos el Parágrafo de la cláusula segunda que indica:

*"**PARÁGRAFO:** El que el trabajador incumpla con cualquiera de las obligaciones contenidas en esta cláusula, **aun por la primera vez**, será considerado como falta grave y facultará al empleador para terminar el contrato de trabajo de manera unilateral con justa causa."*

*Del mismo modo, la **cláusula tercera** de su contrato de trabajo, prescribe:*

*"**TERCERA: Además de las señaladas en el artículo 60 del Código Sustantivo del Trabajo, son prohibiciones especiales para el trabajador. 1) Permanecer en su sitio de trabajo con acompañantes o permitir en el la permanencia de personas ajenas a su trabajo o desconocidas...**" (Subrayado y resaltado fuera de texto original).*

Como corolario de lo anterior, se pudo evidenciar que usted faltó a sus labores especiales como Operador de vehículo, incumpliendo gravemente sus funciones contractuales sin siquiera reportar a la empresa las novedades presentadas este día con la unidad, no cumplir con la ruta asignada y políticas para los operadores, haciendo inadecuado uso del automotor asignado, realizando paradas, exponiendo su integridad, la seguridad de la unidad y de la mercancía del cliente, en compañía de personas ajenas a la organización. ejecutando conductas dudosas y poco deseadas en nuestros

colaboradores, según nuestras normas reglamentarias y Código de Ética.

*En esta misma línea, el Reglamento Interno de Trabajo (en lo siguiente RIT) de **FL COLOMBIA S.A.S.**, consagra en su artículo 38 el deber del trabajador de guardar buena conducta en todo sentido y obrar con espíritu de leal colaboración en el orden moral y disciplina general de la empresa, en los siguientes términos:*

Artículo 38°- Los trabajadores tienen como deberes los siguientes:
(---)
d) Guardar buena conducta en todo sentido y obrar con espíritu de leal colaboración en el orden moral y disciplina general de la empresa.
e) Ejecutar los trabajos que le confíen con honradez, buena voluntad y de la mejor manera posible.
(---)
h) Observar rigurosamente las medidas y precauciones que le indique su respectivo jefe para el manejo de las máquinas o instrumentos de trabajo. (Subrayado fuera de texto original).

De igual forma, el artículo 48 del RIT consagra como falta grave, que da lugar a la terminación del contrato de trabajo de usted como operador de esta empresa, en su literal
d) "Violación grave por parte del trabajador de las obligaciones contractuales o reglamentarias".

Todo lo anterior, sin mencionar que usted adicionalmente violó gravemente las siguientes obligaciones, prohibiciones, deberes y preceptos legales:

<u>Artículo 55 C.S.T: Ejecutar el contrato de buena fe.</u>

"Artículo 55 C.S.T: EJECUTAR EL CONTRATO DE BUENA FE. El contrato de trabajo, como todos los contratos, deben ejecutarse de buena fe y, por consiguiente, obliga no sólo a lo que en él se expresa sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la relación jurídica o que por la ley pertenecen a ella" (Subraya y resaltado fuera del texto original).

Así las cosas, todo acto del trabajador que sea contrario al deber de lealtad, honestidad y probidad para con el empleador y la empresa que el mismo representa, se entiende contrario a la buena fe contractual.

<u>Artículo 56 del C.S.T.</u>: Obligación de obediencia y fidelidad para con el empleador

**ARTÍCULO 56. OBLIGACIONES DE LAS PARTES EN GENERAL. De modo general, incumben al empleador obligaciones de protección y de seguridad para con los trabajadores, y a éstos obligaciones de obediencia y fidelidad para con el empleador." (Subraya y resaltado fuera del texto original).*

En las mencionadas actuaciones está comprometida su responsabilidad laboral, pues, configuran actuaciones reprochables que violan la seguridad, confianza y credibilidad depositadas en usted, como operador de vehículo de esta compañía, en ejercicio de una actividad que merece cuidado, seguridad y cumplimiento a todo precepto, como lo es la conducción y el transporte de la carga de nuestros clientes.

En virtud de lo anotado, quedó acreditado que usted violó gravemente su obligación de ejecutar el contrato de trabajo de buena fe, su obligación de fidelidad para con el empleador, y violó de forma grave sus obligaciones y prohibiciones contractuales, legales y reglamentarias, lo cual justifica su despido por una justa causa comprobada.

Por lo tanto, tiene cinco (5) días hábiles para practicarse el examen médico de retiro.

Así mismo se le informa, que el valor de la liquidación de su contrato de trabajo junto a demás acreencias laborales, le será abonado en su cuenta de nómina registrada en nuestra compañía."

Como se aprecia del texto de la misiva, la finalización del contrato de trabajo sucedió atendiendo las disposiciones reguladas en el C.S.T. como el literal a), numerales 5, 6, 10 del artículo 62, obligaciones especiales del trabajador del artículo 58, prohibiciones a los trabajadores del artículo 60 de la misma disposición normativa, ejecución de buena fe según el artículo 55 y obligaciones de las partes en los términos del artículo 56 de la misma disposición normativa.

Asimismo, al actor le fueron imputados los numerales 2, 10, 12, 15 y 30 de la cláusula segunda del contrato de trabajo celebrado entre las partes, cláusula tercera del dicho contrato, literales d y h del artículo 38 del reglamento interno de trabajo y literal d) del artículo 48 de ese mismo reglamento.

Lo anterior, a razón de una conducta repetitiva los días 11 de enero, 4 y 7 de febrero de 2019 por parte del demandante, donde fue observado operando la unidad y/o vehículo de placas SWQ355 en un sitió prohibido como lo fue el sector de Simijaca Cundinamarca, deteniéndose fuera de la vía en compañía de un tercero ajeno quien se encontraba manipulando el vehículo automotor, punto que por demás se encontraba determinado por la compañía y por el gremio de transportadores de extracción de gasolina, inclusive habiéndose detenido en un lugar que no era un punto comercial o similar.

Adicionalmente, indicó la empleadora que, respecto de las detenciones realizadas por el demandante, no fueron comunicadas como tampoco existió queja alguna acerca de alguna anomalía sobre el vehículo automotor que se encontraba operando.

Pues bien, sobre lo pertinente la demandada acreditó al plenario dos informes rendidos los días 11 y 14 de febrero de 2019 por los señores OSCAR MAURICIO CRIOLLLO PLAZAS y HERNANDO ANTONIO CRUZ LLANOS, Coordinador de Prevención de Riesgos y Jefe de Operaciones de Bogotá respectivamente (CARPETA 08 ANEXOS CONTESTACIÓN DEMANDA).

El primero de ellos refirió que se encontraba realizando el re-mapeo en la Ruta Bogotá – Bucaramanga el día 4 de febrero de 2017, y a la hora de la 1:20 p.m. vio al actor a la salida de Simijaca Cundinamarca estacionada en un lugar que no goza de ninguna clase de comercio, lugar en el que, por seguridad los operadores tienen prohibiciones parar, dado que toda la zona es conocida por la comercialización ilegal de combustible, evidenciando también como el actor en compañía de u tercero, sacaba combustible de los tanques del vehículo que operaba, situación similar que ocurrió el día 7 de febrero, adicional a que indicó en el informe que desde la salida de Simijaca hasta el punto conocido

como el Santuario, existen *"pinpineadores"* dedicados a la compra y venta de combustible ilegal.

El señor HERNANDO ANTONIO CRUZ LLANOS adujo en el informe rendido el 14 de febrero de 2019 que, atendiendo las inconsistencias antes indicadas, se pudo colegir que el demandante en ningún momento reportó las novedades de paradas realizadas.

Al unísono, el demandante en el interrogatorio de parte rendido dentro del presente trámite procesal a pesar de que no relató nada referente a la trascendencia de la gasolina comercializada de manera ilegal en el sector de Simijaca, como tampoco que un tercero hubiese manipulado el vehículo automotor, sí confesó haber realizado paradas en el sitio descrito por la Compañía los días determinados por la encartada tanto en los informes ya descritos, como en la carta de terminación del contrato de trabajo, esto es, los días 11 de enero, 4 y 7 de febrero de 2019.

Hasta este punto, la Sala puede colegir que la conducta llevada a cabo por el demandante y en atención de los preceptos legales y lo dispuesto en el contrato de trabajo y el reglamento interno, condujo a que el finiquito laboral se encontrara ajustado a razón de la desobediencia y falta de comunicación sobre las paradas reiterativas que realizó en Simijaca y no autorizadas con un vehículo de la compañía.

Al respecto, nótese que los informes rendidos por los funcionarios de la compañía no pueden echarse de menos, especialmente el emitido por el señor OCAR MAURICIO CRIOLLO PLAZAS, como quiera que fue testigo en este proceso y narró las mismas situaciones detalladas en el informe en mención, iterando tener conocimiento de esas circunstancias en la medida que fue él quien presenció los hechos objeto de la conducta por parte del demandante.

Bajo este entendimiento, la Sala puede colegir que la conducta desarrollada por el señor EDILBERTO BARRERA LOZANO como Conductor al servicio de FL COLOMBIA S.A.S., se encontraba prohibida inclusive desde la suscripción del contrato de trabajo, en la medida que las paradas o detenciones irregulares debían ser reportadas por el trabajador a sus superiores según da cuenta el numeral 2 de la cláusula segunda, situación que se acompasa con el parágrafo del mismo articulado, que indica que *"El que el trabajador incumpla con cualquiera de las obligaciones contenidas en esta cláusula, aún por la primera vez, será considerado como falta grave y facultará al empleador para terminar el contrato de trabajo de manera unilateral con justa causa"*.

Incluso, la situación endilgada al actor como falta grave previamente establecida en el contrato de trabajo, se puede auscultar con la declaración rendida por el señor PABLO SANABRIA, quien se desempeña como Instructor Operativo de FL COLOMBIA S.A.S., el cual manifestó que en ningún momento el demandante indicó alguna falla o situación anómala sobre la unidad o vehículo tracto camión de placas SWQ3550.

Ahora, a pesar de que el demandante hubiese traído a juicio las declaraciones de los señores EFRAÍN AGUDELO SUÁREZ y CARLOS ANDRÉS GONZÁLEZ PEDRAZA, quienes fueron compañeros de trabajo, los mismos como lo relataron en sus dichos, no tuvieron conocimiento directo acerca de la terminación de la relación laboral del señor EDILBERTO BARRERA LOZANO con FL COLOMBIA S.A.S., puesto que ambos fueron contestes en indicar que para el momento de esa terminación, ya no laboraban al servicio de la encartada, convirtiéndolos testigos de oídas.

Por otra parte, también la empleadora en la carta de terminación del contrato de trabajo arguyó ser aplicables las conductas propias del C.S.T. en su articulado 62, numerales 6º y 10º , concernientes a "*Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de*

acuerdo con los articulados 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos" y, *"La sistemática inejecución, sin razones válidas, por parte del trabajador, de las obligaciones convencionales o legales".*

Tales conductas legales a juicio de la Sala concatenan con la reiterativa conducta imputada al aquí demandante y que se catalogó como permisible para finalizar el contrato de trabajo, situaciones todas por las que se puede colegir que la terminación del vínculo contractual que ataba a las partes fue justa a favor de FL COLOMBIA S.A.S., sin que sea menester abordar la totalidad de preceptos normativos reseñados en la carta de despido; circunstancia por la cual, la sentencia de primera instancia habrá de confirmarse en su integridad.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante como quiera que el recurso interpuesto 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,** administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 28 de noviembre de 2022 por el Juzgado Treinta y Dos 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 la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de $300.000 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

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 00150 01**
Demandante:	GLADYS BUSTOS BERNAL
Demandados:	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio del dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de PORVENIR S.A. a la abogada CAMILA SOLER ÁNCHEZ, identificada con cédula de ciudadanía 1.014.290.875 y T.P. 352.159 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

Igualmente, se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada LAURA NATALIA GUERRERO VINCHIRA, identificada con cédula de ciudadanía 1.014.208.534 y T.P. 305.872 del C. S. de la Judicatura.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 4 de mayo del 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 GLADYS BUSTOS BERNAL promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin de declararse la nulidad y/o ineficacia de su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A, declarando que su vinculación no surtió efectos legales y por ende, sigue válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por COLPENSIONES.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, tales como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, frutos e intereses; adicional a ello, solicita se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*, así como al pago de costas y agencias de derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 10 de diciembre de 1965 y efectuó cotizaciones al Régimen de prima media con prestación definida durante el periodo comprendido del 6 de julio de 1988 al 31 de agosto de 1994, calenda en la cual trabajó para la empresa REST CAFÉ LTDA. No obstante, expuso que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A. el 19 de agosto de 1994, sin haber recibido asesoría referente a las implicaciones de trasladarse de régimen, sus ventajas y desventajas.

Adujó que PORVENIR S.A., no le brindó ninguna asesoría en lo atinente a las consecuencias derivadas del cambio de Régimen pensional, las modalidades pensionales existentes, comparación pensional entre uno y otro régimen, las afectaciones al ingreso base de cotización, el monto de su futura mesada pensional, el bono pensional, los rendimientos financieros y los requisitos para

poder acceder a la prestación económica de vejez en cualquiera de los dos regímenes, por consiguiente, explicó que la AFP incumplió con su deber de información.

Así las cosas, refirió que mediante petición radicada el 25 de marzo del 2022, solicitó a COLPENSIONES trasladarla al régimen que administra, pedimento que fue denegado por la entidad, argumentando que se encuentra a menos de 10 años de adquirir su pensión. (Folios 2 a 6 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones del libelo introductorio, aduciendo que la actora se encuentra válidamente afiliada al régimen de ahorro individual, toda vez que suscribió de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a PORVENIR S.A. en 1994, aunado a lo anterior, explicó que no se evidencia vicios en el consentimiento los cuales permitan declarar la nulidad del acto jurídico celebrado. Por otro lado, adujó que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado establecida en la Ley 797 de 2003 y su afiliación iría en contravía del principio constitucional de sostenibilidad financiera, lo que generaría una descapitalización del fondo común.

Propuso como excepciones de fondo las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de COLPENSIONES, cobro de no debido, falta de causa para pedir, improcedencia de declaratoria de ineficacia de afiliación en los casos de pensionados en el RAIS, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica. (Folios 2 a 37 archivo 07).

PORVENIR S.A. al contestar se opuso a las pretensiones de la demanda, arguyendo que el traslado de régimen pensional de la demandante al régimen que administra fue completamente válido, ya que estuvo precedido de una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, razón por la cual sería improcedente declarar un error de hecho, cuando en realidad lo que se alega es un error de derecho frente a condiciones que están determinadas ley, luego, no existe prueba alguna que dé cabida a la nulidad de la afiliación a razón de algún vicio del consentimiento; por ende, no es dable retrotraer la afiliación efectuada al RAIS.

Formuló como excepciones las 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. (Folios 2 a 34 Archivo 08).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 21 de junio del 2023, resolvió:

> ***"PRIMERO:*** *DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas, conforme a las consideraciones expuestas.*
>
> ***SEGUNDO:*** *DECLARAR la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la demandante GLADYS BUSTOS BERNAL a través de PORVENIR S.A., de fecha 19 de agosto de 1994.*
>
> ***TERCERO****: Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a la demandada PORVENIR 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 PORVENIR S.A. 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, Ingreso Base de Cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*
>
> ***CUARTO:*** *ORDENAR a la demandada COLPENSIONES a recibir a la demandante GLADYS BUSTOS BERNAL 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.

***QUINTO**: CONDENAR en costas a la demandada PORVENIR S.A. y a favor de la demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos (02) smlmv. Sin costas respecto de COLPENSIONES.*

***SEXTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión, y en lo desfavorable a la demandada COLPENSIONES remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta."*

Para arribar a dicha conclusión, el a-quo trajo a colación 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 del 2003, señala los tiempos mínimos de permanencia en cada régimen y la restricción de no poder trasladarse de régimen cuando faltare 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, hacía referencia a la información que se debe suministrar a los usuarios del mercado para que estos adopten la mejor decisión.

De otro lado, no puede olvidarse que la jurisprudencia 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 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 presente trámite procesal se acreditó que la demandante efectuó aportes al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES entre julio de 1988 y

agosto de 1994, precisando que la demandante se trasladó de régimen a trasvés de la AFP PORVENIR S.A. el 19 de agosto de 1994. De igual manera, al referirse al interrogatorio de parte que depuso la promotora, estimó que no confesó habérsele 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 por algún representante de PORVENIR S.A.

En esa medida, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante y a su vez ordenó a la demandada PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES todos los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de pensión mínima, debidamente indexados. Por último, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a PORVENIR S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida. Al respecto, sostuvo que para el año 1994 no se requería prueba diferente al formulario de afiliación para dar cuenta del cumplimiento al deber de información, y por lo tanto debía estudiarse el interrogatorio de parte practicado a la demandante, donde se evidencia la injerencia de su empleador en el acto de traslado, quien coartó su derecho a la libre escogencia de régimen pensional, por ello, debería ser acreedor de las sanciones contenidas en el artículo 271 de la ley 100 de 1993.

Adicionalmente, agregó que no es dable retornar los gastos de administración y seguros previsionales, toda vez que tales conceptos tienen una destinación determinada por ley, en tanto los seguros previsionales ampararon la prestación pensional de la promotora frente a eventuales contingencias de invalidez y muerte, mientras que los gastos de administración se generaron por las operaciones financieras realizadas por la entidad al generar los rendimientos financieros.

Por lo anterior, explicó que respecto de COLPENSIONES se efectuó una agencia oficiosa involuntaria en los términos de los artículos 2304 y 2310 del Código

Civil, de allí que tan solo estuviese obligada a devolver los rendimientos, los cuales actualizaron el poder adquisitivo de las cotizaciones de la demandante, por consiguiente, tampoco sería dable retornar dichos conceptos de manera indexada.

COLPENSIONES en su alzada, manifestó que la demandante no es beneficiara del régimen de transición para efectuar el traslado pensional, por ende, se encuentra inmersa en la prohibición legal para trasladarse de régimen, así mismo, explicó que es necesario determinar si la demandante cumple con el ahorro requerido para retornar al régimen que administra, según lo establecido en la sentencia SU 062 del 2010. Así las cosas, adujo que su actuar siempre ha estado encaminado en salvaguardar el principio de sostenibilidad financiera y el de relatividad jurídica.

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 persuadida 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 efectuó la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través PORVENIR S.A. el 19 de agosto de 1994, vinculación que se hizo efectiva el 1º de septiembre de 1994 según el reporte SIAFP. (Folios 46 y 87 archivo 08). Formulario que, si bien refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, 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, la demandante señora GLADYS BUSTOS BERNAL en el interrogatorio de parte a ella practicado, expuso que en el año 1994 laboraba para RESTCAFE y existía el rumor que el ISS iba a desaparecer, en consecuencia, se encontraba en tendencia que lo más conveniente era pertenecer a los fondos privados. En razón de ello, explicó que PORVENIR S.A. remitió diversos formularios de afiliación a RESTCAFE, los cuales fueron suscritos por los trabajadores de la empresa, incluida ella, con la ayuda del área de Recursos Humanos, por consiguiente, afirmó que no recibió asesoría, ni grupal ni individual, por parte del Fondo Pensional.

Aclaró que su motivación de retornar a COLPENSIONES, se debe a que le es más conveniente pertenecer a dicho régimen, que estar afiliada a PORVENIR S.A.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna de parte de la actora sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de PORVENIR S.A. al momento del traslado del demandante, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual 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 promotora 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 al fallador de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la PORVENIR S.A., no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen de la actora.

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

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

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 SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

> *"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).*
>
> *"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.*

Así las cosas, tal como lo sostuvo el Juez de primer grado, es viable decretar la ineficacia del traslado efectuado por la demandante en razón al incumplimiento del deber de información por parte de PORVENIR S.A., por ende, también es dable impartir condena a cargo del Fondo Privado de devolver a COLPENSIONES los gastos de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados al momento de su devolución, como viene de verse.

Corolario de lo anterior, se confirmará la sentencia de primer grado. **COSTAS** en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y PORVENIR.

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 4 de mayo del 2023 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Se fija como agencias en derecho la suma de $500.000, 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

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 **33 2020 00291 01**
Demandante:	JESUS MARIA ROLDAN MARTINEZ
Demandados:	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES al abogado ALEJANDRO BÁEZ ATEHORTUA, identificado con cédula de ciudadanía 1.019.038.607 y T.P. 251.830 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 17 de mayo de 2023 por el Juzgado Treinta y Tres 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 JESUS MARIA ROLDAN MARTINEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin que se declare la nulidad de la afiliación que realizó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A. en agosto de 1999, por existir engaño y asalto a su buena fe, induciéndole al error y viciando su consentimiento para que se trasladara de régimen pensional.

Como consecuencia de tal declaratoria, pretende se ordene a PORVENIR S.A. que devuelva a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido, tales como, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, junto con los rendimientos que se hubieren causado. Se ordene a COLPENSIONES lo reciba y afilie en el régimen que administra, y se condene al pago de 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 pretensiones, adujo que estuvo afiliado al INSTITUTO DEL SEGUROS SOCIALES desde el 6 de agosto de 1973 hasta el 18 de junio de 1999 en donde alcanzó un total de 799 semanas, trasladándose a PORVENIR S.A. en agosto de 1999, cuando laboraba para MANUELITA S.A., lugar al que llegaron los asesores del fondo privado.

Destacó que los asesores de PORVENIR S.A. le aseguraron que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES sería liquidado por lo que perdería sus cotizaciones, sin embargo, en esa administradora obtendría mayores rendimientos y se podría pensionar de manera anticipada, sin informarle del derecho de retracto que le asistía, motivo por el que se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

De otro lado, adujo que en octubre de 2019 alcanzó 1.793 semanas cotizadas al sistema general de pensiones; y que el 27 de febrero de 2020 radicó petición ante las demandadas solicitando la nulidad del traslado del régimen sin que haya recibido respuesta a la fecha. Además, indicó que según simulación pensional su mesada pensional sería superior en el régimen de prima media. (f. 1 a 19 archivo 02).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones elevadas en su contra, arguyendo que el traslado de régimen pensional del actor al RAIS a través de esa administradora en el año 1999 es producto de una decisión libre e informada, después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación.

Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (archivo 6).

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que no se aportó prueba alguna que permita demostrar que al gestor se le indujo en error o a algún vicio del consentimiento, del mismo modo, adujo que no se evidencia protesto o anotación de inconformidad por parte de la demandante en relación a su afiliación, por el contrario conforme a la documentación obrante en el plenario se concluye que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, adicionalmente, el actor se encuentra inmerso en la prohibición de traslado de régimen establecida en la Ley 797 del 2003.

Formuló como medios exceptivos los 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, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (archivo 08).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 17 de mayo de 2023, resolvió:

*"**PRIMERO: DECLARAR** la INEFICACIA DEL TRASLADO al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y con esto la afiliación realizada al señor Jesús María Roldán Martínez identificado con la cédula de ciudadanía No. 16.350.088, afiliado el 18 de junio de 1999 a Porvenir S.A.*

***SEGUNDO: DECLARA** que el señor Jesús María Roldán Martínez actualmente se encuentra afiliado de manera efectiva al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.*

***TERCERO: ORDENAR** a PORVENIR S.A., realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual del señor Jesús María Roldán Martínez a COLPENSIONES, junto con sus respectivos intereses, rendimientos y bonos pensionales a que haya lugar.*

***CUARTO: CONDENAR** a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como activar la afiliación del señor JESUS MARIA ROLDAN MARTINEZ al RPMPD e integrar en su totalidad la historia laboral de la demandante.*

***QUINTO: CONDENAR** a PORVENIR S. A. a transferir a COLPENSIONES las cuotas de administración, los dineros descontados para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

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

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

***OCTAVO: COSTAS** de esta instancia quedan a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. (…)"*

Para arribar a esa conclusión, el Juez de primer grado hizo mención a la normativa vigente para la época del traslado de la demandante, esto es, la Ley 100 de 1993, el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, los cuales hacen referencia al deber de información hacia los consumidores financieros.

De igual forma, trajo a colación la jurisprudencia que ha enmarcado la materia, acotando que se le debió brindar a la accionante información referente a las características, diferencias, condiciones, parámetros para acceder a la pensión de vejez y los niveles de riesgos en uno y otro régimen pensional, por lo que no era viable el argumento de que la parte actora debía conocer la Ley 100 de

1993 para suplir la obligación de consentimiento informado radicado en cabeza de la AFP.

En el mismo sentido expresó que, del formulario de afiliación aportado, no se logró acreditar el consentimiento informado de la demandante y no obra en el expediente otro documento que dé cuenta de la reunión realizada entre los asesores de PORVENIR S.A. y el actor. Así mismo, resaltó que la carga probatoria es de quien está en mejor condición de probar el deber legal que le asiste, que en este caso, le corresponde al extremo demandando en virtud de la posición dominante que ostentan en el mercado financiero, no obstante, de los documentos aportados al plenario no se dilucidó el cumplimiento de esta obligación, y del interrogatorio de parte tampoco se evidencia confesión alguna sobre la debida información, la cual era necesaria para que pudiera tomar una decisión informada al momento del traslado de régimen.

En razón de lo anterior, el *a-quo* considera que el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad resulta ineficaz, en consecuencia, dispuso la devolución de los aportes, rendimientos, seguros previsionales, aportes a pensión de garantita mínima, cuotas de administración y demás emolumentos generados durante la afiliación del demandante a ese fondo y declaró no probada la excepción de prescripción.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la demandada PORVENIR S.A. la apeló. Al respecto, solicita se revoque la sentencia de instancia, aduciendo que el demandante de forma voluntaria suscribió el formulario de afiliación, el cual no fue tachado de falso y era el documento idóneo para la fecha de la afiliación a ese fondo, afiliación que conllevó a la creación de una cuenta de ahorros a favor de éste, la cual fue debidamente administrada, sin que presentara inconformidad alguna sobre el particular.

De otra parte, dijo que, en caso de confirmarse la decisión de primer grado, solicita se revoque relacionada con la restitución de los gastos de administración y seguros previsionales indexados, conceptos a los que se debe aplicar el fenómeno prescriptivo. A su vez, precisó que la condena por

concepto de indexación está satisfecha con los rendimientos financieros que se generaron, lo que genera una doble condena a ese fondo.

Entre tanto, COLPENSIONES en su alzada solicita se revoque la sentencia de primer grado aduciendo que con el traslado de régimen no se infringió ninguna prohibición legal que lo impidiera, además, el actor no tenía derechos adquiridos o, régimen de transición y está incurso en la prohibición legal de traslado de régimen, dado que se encuentra a menos de diez años de la edad de pensión. Además, del interrogatorio de parte se extrae que no tuvo interés en indagar sobre las condiciones de los fondos y su situación personal, incumpliendo con los deberes que como consumidor financiero le incumben. Finalmente, solicita se revoque la condena en costas al tratarse de un tercero que no tuvo injerencia en el negocio celebrado entre el demandante y 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 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 efectuó el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A. el 18 de junio de 1999, vinculación que se hizo efectiva el 1º de agosto del 1999, según el reporte SIAFP. (f. 64 a 67 archivo 06). Formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, 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 demandante JESUS MARIA ROLDAN MARTINEZ en el interrogatorio de parte a él practicado, expuso que al momento del traslado a PORVENIR S.A. se encontraba en COLPENSIONES, y que asesores del fondo le manifestaron era similar que COLPENSIONES y así lo trasladaron. Además, indicó que al cumplir 60 años se acercó al fondo privado y le manifestaron que si fallecía y no seguía cotizando su cónyuge no tendría ningún derecho, y al cumplir 62 años regresó nuevamente al fondo, señalándole que su mesada sería sobre el salario mínimo, sintiéndose inconforme pues cuenta con más de 2.400 semanas, además a los 50 años no le dijeron que podía volver a COLPENSIONES, y que no se informaron las condiciones para pensionarse en ambos regímenes.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de PORVENIR S.A. al momento del traslado del demandante, por tanto, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia es evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual 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 al actor 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 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, respecto de los cuales PORVENIR S.A. manifiesta su disenso, se debe memorar 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, 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, a *contrario sensu* de los sostenido por PORVENIR S.A. en su alzada.

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

Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló 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 la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

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

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

En lo atinente a la inconformidad que presenta COLPENSIONES respecto a la condena en costas impuestas en primera instancia, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la

S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, luego, al haber sido evidente que esa accionada se opuso a las pretensiones de la demanda, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas. En efecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló sobre el particular:

> *"Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.*
>
> *"En tal virtud, como en primera instancia la vencida en juicio fue la accionada, en cuanto prosperó la pretensión subsidiaria de pagar la devolución de saldos y a ella se opuso dicha entidad al contestar el libelo inicial, la decisión del Juzgado de condenarla en costas se ajusta a derecho; máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón".*

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

> *"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).*
>
> *"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.*

De ese modo, luce acertada la decisión del *a-quo,* frente a la condena por indexación por los gastos de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

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 Tres Laboral del Circuito de Bogotá el 17 de mayo del 2023, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Se fijan como agencias en derecho la suma de $500.000 para cada una 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

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 **34 2021 00093 01**
Demandante:	CLAUDIA PAULINA AREVALO LARA
Demandados:	COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada LIDA BIBIANA GIL HERRERA, identificada con cédula de ciudadanía 31.434.957 y T.P. 373.527 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

Igualmente, se reconoce personería para actuar en representación de PORVENIR S.A. al abogado OCTAVIO ANDRÉS CASTILLO OCAMPO, identificado con cédula de ciudadanía 1.017.267.151 y T.P. 380.131 del C. S. de la Judicatura.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. en contra de la sentencia proferida el 11 de mayo de 2023 por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora CLAUDIA PAULINA AREVALO LARA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A., con la finalidad que se declare la ineficacia del traslado que realizó al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Consecuencialmente, se condene a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados, se ordene a COLPENSIONES la reciba como afiliada sin solución de continuidad en el régimen que administra, 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 27 de diciembre de 1963 y realizó cotizaciones a pensión través del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES desde el 13 de noviembre de 1992 hasta el 30 de abril de 1997, trasladándose del régimen de prima media con prestación definida hacia el régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de PORVENIR mediante formulario de afiliación que diligenció el 21 de noviembre de 1996, el cual no fue suscrito por el empleador lo que ocasionó que continuara efectuado cotizaciones al ISS, además se indicó en dicho documento que se trataba de una vinculación inicial al sistema general de pensiones, cuando en realidad estaba efectuando un traslado de régimen pensional.

Seguidamente, refirió que PORVENIR S.A. no le informó sobre el derecho de retracto que le asistía, que no tendría derecho al bono pensional, le proporcionó una asesoría profesional, clara, completa, suficiente, cierta y oportuna que le permitiera comprender los requisitos, condiciones y riesgos del régimen de ahorro individual con solidaridad, y en esa medida poder

compararlos con las condiciones del régimen de prima media con prestación definida al cual se encontraba afiliada.

De otra parte, informó que según su historial de vinculaciones SIAFP, además aparece que se afilió 19 de enero de 1998 a HORIZONTE, el 12 de mayo de 1999 a PORVENIR S.A., el 28 de junio de 2000 a HORIZONTE, el 31 de julio de 2001 a PORVENIR S.A., el 28 de febrero de 2003 a HORIZONTE, el 17 de diciembre de 2003 a COLFONDOS S.A., y el 20 de febrero de 2007 a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., añadiendo que no fue informada sobre la prohibición de traslado de régimen después de cumplir 47 años.

Continuó indicando que actualmente se encuentra afiliada a PORVENIR S.A. y que no recibe pensión alguna. De la misma forma, refirió que solicitó a las encartadas la anulación de su afiliación, solicitud que fue negada, además, expuso que su mesada en el régimen de ahorro individual sería inferior a la que obtendría en el régimen de prima media con prestación definida, sin que tal situación fuera advertida de manera oportuna por parte de las enjuiciadas. (f. 1 a 17 archivo 02).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones que se formulan. Señaló que no existe prueba que permita evidenciar que a la gestora se le hizo incurrir en error por parte de la administradora de pensiones, o que se está en presencia de algún vicio en el consentimiento, menos aún, se observa manifestación alguna de inconformidad por parte de la gestora, por el contrario, se advierte que las documentales que obran en el plenario se encuentran sujetas a derecho y se llevaron a cabo de manera libre y voluntaria, sin observaciones sobre presión alguna, igualmente la actora no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, en consecuencia se encuentra incursa en la prohibición legal de traslado de régimen contenida en la Ley 797 de 2003.

Como excepciones de mérito propuso las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con

prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (f. 2 a 39 archivo 07).

A su turno, COLFONDOS S.A. al contestar se opuso a las pretensiones de la demanda arguyendo que brindo a la demandante una asesoría integral y completa frente a todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, además le informó sobre las características del régimen que administra, su funcionamiento, las diferencias, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales y la rentabilidad que producen los aportes en el régimen de ahorro individual, sin que se aporten pruebas que permitan demostrar que la vinculación al fondo de pensiones se realizó bajo algún vicio del consentimiento, además suscribió el formulario de vinculación de manera libre y voluntaria.

Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago. (f. 4 a 15 archivo 08).

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que el traslado de régimen pensional que llevó a cabo la promotora a través de ese fondo es completamente válido por cuanto brindó la información pertinente y necesaria, por lo que la actora suscribió el formulario de afiliación de manera libre y espontánea después de recibir asesoría de manera verbal de forma clara, veraz y oportuna con elementos de juicio objetivos para tomar una decisión lo más informada posible de acuerdo con lo establecido en el numeral 1º del artículo 97 del Decreto No. 663 de 1993, norma vigente al momento de la afiliación a ese fondo.

Como excepciones formuló las 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. (f. 2 a 23 archivo 09).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 11 de mayo de 2022, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por la demandante CLAUDIA PAULINA AREVALO LARA, el 21 de noviembre de 1996, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado a través de la afiliación a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. y el traslado horizontal posterior a través de COLFONDOS S.A.*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., que actualmente administra los recursos de la demandante, a reintegrar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante CLAUDIA PAULINA AREVALO LARA, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado, SIN LUGAR a descontar valores por concepto de cuotas de administración o primas de seguro, y reservándose el derecho a repetir en contra de COLFONDOS S.A. por concepto de valores que hubiere retenido como cuotas de administración y primas de seguros.*
>
> *TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la pasiva, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.*
>
> *CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A, con motivo de la afiliación de la demandante CLAUDIA PAULINA AREVALO LARA, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *QUINTO: CONDENAR EN COSTAS PROCESALES a cargo de la demandada SOCIEDAD AFP PORVENIR S.A., liquídense por secretaría incluyendo la suma de 1SMLMV por concepto de agencias en derecho.*
>
> *SEXTO: Conceder el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, de conformidad con lo señalado en el inciso tercero del artículo 69 del C.P.T. y la S.S. (…)"*

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* señaló en síntesis que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 surgieron dos regímenes pensionales, esto es, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, los que coexisten y están administrados a través de entidades públicas y privadas, enfatizando que de acuerdo a la reiterada jurisprudencia emanada por el órgano de cierre de esta especialidad, los fondos de pensiones deben garantizar una adecuada asesoría a sus afiliados o potenciales afiliados, pues de ello depende la correcta elección del régimen que más les convenga, por lo que desde su nacimiento los fondos de pensiones tiene a su cargo el deber de información el cual no se prueba con la suscripción del formulario de afiliación, o con los diferentes traslados horizontales que haya efectuado el afiliado.

De esa forma, señaló que en el plenario estaba acreditado el traslado de régimen pensional de la actora, sin embargo, de las demás pruebas obrantes el expediente entre ellos del interrogatorio de parte de la actora no se evidencia confesión alguna sobre el cumplimiento del deber de información por parte del fondo de pensiones primigenio, en esa medida, declaró la ineficacia del traslado, ordenó la devolución a COLPENSIONES las sumas que reposan en el fondo privado y no probadas las excepciones propuestas por las encartadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Al respecto, expuso que la demandante se trasladó de régimen pensional de manera libre y voluntaria, sin hacer uso de su derecho de retracto; además, al presentar la reclamación administrativa ante esa entidad se encontraba inmersa en la prohibición de traslado de régimen pensional consagrada en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, añadiendo que ésta confirmó su voluntad de permanecer en el régimen de ahorro individual con solidaridad a través de su vinculación con los diferentes fondos de pensiones privados, sin que hubiese cumplido con su obligación como consumidora financiera referente a indagar sobre los diferentes regímenes pensionales. A su vez, indicó que no es excusa para que se acceda a la ineficacia del traslado el monto de su mesada pensional y el

hecho de que se imponga a los fondos de pensiones un deber que al momento del traslado de la gestora no estaba consignado en la ley.

De otra parte, solicita se tenga en cuenta que la declaratoria de ineficacia del traslado genera una vulneración al principio de sostenibilidad financiera, lo que vulnera los derechos pensionales de las personas que ya veían cotizando en esa administradora de pensiones.

COLFONDOS S.A., ante la adición de los numerales primero y segundo de la sentencia de instancia relacionado con la declaración de ineficacia del traslado a ese fondo y las condenas a cargo del mismo, solicita se revoque la referente a la facultad de repetición por parte de PORVENIR en contra de ese fondo, en lo atinente a gastos de administración y primas de seguros previsionales, dado que en primera medida cada aseguradora debería responder por la gestión que realizó cada fondo durante el tiempo de permanencia de la actora en cada uno. Agregando, que las sumas de dinero que descontó por tales conceptos tiene un fundamento legal, por ende, no es procedente descontar tales rubros dado que esos emolumentos en su momento se trasladaron oportunamente a la aseguradora, la cual no fue convocada a juicio, de modo que se debe tener en cuenta que actuó de buena fe y con la convicción de que la vinculación de la demandante a ese fondo era voluntaria, por lo que solicita se revoque la condena impuesta en el numeral segundo de la sentencia, relacionada con la facultad otorgada a PORVENIR de repetir en contra de ese fondo por tales conceptos.

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 persuadida 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.

Acorde con lo anterior, en este punto cabe precisar que el presente asunto debe ser analizado bajo la institución de las ineficacias y no del régimen de las nulidades, tal como lo indicó la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, entre otras, en sentencia SL1859-2022, con Radicación No. 90488 de 16 de mayo de 2022, en la que expuso; *"El examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, según las sentencias CSJ SL1688-*

2019; CSJ SL1689-2019; CSJ SL3464-2019 y CSJ SL1465-2021, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas de retornar las situaciones a su estado inicial, conforme lo indica el artículo 1746 del CC, como también se orientó en los fallos CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1421-2019, el primero reiterado en los CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019". Dicho esto, es diáfano que la Sala no ahondara en los argumentos expuestos por COLPENSIONES y PORVENIR en su apelación, respecto a las particularidades de las nulidades.

Ahora, 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 se aportó el formulario de afiliación que suscribió la actora el 21 de noviembre de 1996, con PORVENIR S.A. (f. 31 archivo 09), el cual se hizo efectivo a partir del 22 de noviembre de esa misma anualidad como se aprecia de la certificación del SIAFP, en el cual igualmente se observan los demás traslados horizontales que realizó posteriormente a HORIZONTE, PORVENIR S.A. y COLFONDOS en siete ocasiones entre los años 1998 y 2007, regresando nuevamente a HORIZONTE hoy PORVENIR el 20 de febrero de 2007 (f. 25 y 31 a 38 archivo 09); formularios que, si bien refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la 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 actora CLAUDIA PAULINA AREVALO LARA en la declaración de parte que depuso, señaló que estuvo afiliada a CAJANAL y posteriormente se vinculó en 1996 al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES; y que más adelante se trasladó a PORVENIR S.A. hacia el año 1997 o 1998 ante la incertidumbre de lo que sucedería con el ISS, precisando que en esa ocasión asesores de PORVENIR el ofrecieron respaldo de diferentes entidades financieras, manifestándole que el ISS iba a desparecer; igualmente, le ofreció la posibilidad de pensionarse más joven y en mejores condiciones, por lo que suscribió el formulario de afiliación, sin que recibiera más información clara y concreta,

Además, señaló no recordar lo atinente al trasladó a COLFONDOS y los demás traslados horizontales se dieron con ocasión de la constante vista de asesores de los fondos de pensiones.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de parte de PORVENIR S.A. al momento del traslado de la demandante, según lo adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual 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 1996, 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 de la promotora.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, sobre los cuales hacen alusión la COLFONDOS S.A. en su apelación, cabe memorar 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, 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 y 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 al declararse la ineficacia del traslado, al que hacen alusión COLPENSIONES, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló 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 dejo 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 la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas de la 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, desestimándose así los argumentos expuestos por las encartadas en su alzada sobre el particular.

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 SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

> *"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).*
>
> *"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.*

Así las cosas, si bien le asiste la razón a la falladora de instancia al declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora, es necesario adicionar y modificar la sentencia de primer grado, a fin de precisar que PORVENIR S.A. además debe retornar a COLPENSIONES, los dineros correspondientes a gastos de administración y seguros previsionales debidamente indexados, junto con los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, rubro que también de ser indexado. Asimismo, se condenará a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES los gastos de administración, seguros previsionales y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a ese fondo.

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

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 Y MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 11 de mayo de 2023 por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá. En el sentido precisar que se CONDENA a la demandada PORVENIR S.A. a transferir a COLPENSIONES los dineros correspondientes a gastos de administración y seguros previsionales debidamente indexados, junto con los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, concepto que igualmente de ser indexado.

Asimismo, se condenará a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES los gastos de administración, seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a ese fondo, conceptos que deben ser indexados y que deberá recibir la demandada COLPENSIONES.

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. Se fijan como agencias en derecho la suma de $500.000 para cada una 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

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 **35 2021 00303 01**
Demandante:	DIANA YOLIMA CARDONA FONSECA
Demandado:	AUDIFARMA S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio 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 23 de noviembre de 2022 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora DIANA YOLIMA CARDONA FONSECA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad AUDIFARMA S.A., a fin que se declare que entre las partes existió como medio vinculante un contrato de trabajo entre el

9 de marzo de 2009 y el 10 de octubre de 2019, el cual finalizó por causas imputables al empleador, quien además no solucionó las prestaciones sociales.

En consecuencia, se condene a la accionada al pago de la indemnización por despido sin justa causa y la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita.*

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones indicó que el día 9 de marzo de 2009 se vinculó laboralmente a la sociedad AUDIFARMA S.A., a fin de desempeñar el cargo de Coordinadora CAF II, mediante contrato de trabajo a término indefinido, devengando un mensual de $1.528.000 más incentivos trimestrales.

Refiere que desempeñó en debida forma las labores encomendadas, no obstante, como administradora del punto de dispensación, empezó a tener inconsistencias por la existencia de personal inferior al requerido de por lo menos 25 trabajadores; falencia por la cual en varias ocasiones solicitó por correo más funcionarios, comunicaciones fueron eliminadas dos días antes de ser despedida de la empresa, al no permitirse el uso del correo electrónico personal, sino el institucional, el que bloquearon dos días antes de entregarle la carta de terminación de contrato.

Que tras un evento de quejas de usuarios que implicaron el daño de una puerta, ingresó personal nuevo, sin embargo, se detecta una pérdida de medicamentos de alto costo, los cuales nunca antes se habían perdido, por la cual la empresa decide implementar una vitrina para estos medicamentos sensibles por su alto costo. Que fue citada a versión libre por tal hecho, pese a que era evidente la falta de seguridad; que el contrato de trabajo se dio por terminado el 8 de octubre de 2019 aduciendo la configuración de una justa causa, basada en el presunto incumplimiento a sus funciones ante la pérdida de los medicamentos; además en la liquidación de las prestaciones sociales se solucionó la suma de $1.700.707, siendo que el ingreso base de cotización real reportado ante el fondo de pensiones PORVENIR S.A. es de $2.037.010, lo cual evidencia una falencia en la liquidación de las prestaciones.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada AUDIFARMA S.A. dentro del término legalmente concedido contestó la demanda, señalando que la accionante ingresó a trabajar el 1º de agosto de 2013; que no es cierto que en centro de atención se requieran de 25 personas para su operación, por el contrario, se determinó de manera técnica que debían prestar el servicio 15 funcionarios; de otra parte, que la terminación del contrato de trabajo se realizó con justa causa y ante un incumplimiento comprobado y aceptado por la misma trabajadora en el proceso disciplinario.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito de excepción de inexistencia de vínculos laborales, justa causa para terminar el contrato, inexistencia de las obligaciones, improcedencia de la indemnización por falta de pago, prescripción y buena fe de AUDIFARMA S.A.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 23 de noviembre de 2022, condenó a AUDIFARMA S.A., al pago de la suma de $8.905.884,78 por concepto de indemnización por despido sin justa causa debidamente indexada y absolvió de las restante pretensiones.

Para tal efecto señaló inicialmente que el extremo inicial de la relación corresponde al 1º de agosto de 2013, sin que se haya demostrado la prestación del servicio entre marzo de 2009 y julio de 2013; de otra parte, frente a la indemnización por despido sin justa causa, estimó que se aportaron al plenario las funciones asignadas a la trabajadora, verificación de conteos diarios, fechas de vencimientos de fármacos y verificación diaria de inventario de medicamentos de alto costo, así como preparación y coordinación a la ejecución del inventario físico, por ende no tenía a su cargo la custodia física de medicamentos de alto costo, ni quedó probado que aquello tenían un lugar o mecanismo de seguridad distinto a otros medicamentos. Situación que, además fue relatada por la trabajadora, quien en los descargos señaló que no estaba a su cargo la custodia, sino de las auxiliares.

La testigo CATALINA CARVAJAL señaló que cada auxiliar es responsable del respectivo tramo, y ante la pérdida de medicamentos debía reportarlo, deduciendo el *a-quo* así que obligaciones que no estaban a cargo de la trabajadora.

Así las cosas, las funciones de la demandante no implicaban un conteo físico de medicamentos, de tal manera, que las situaciones fácticas imputadas a la trabajadora no se corresponden con sus obligaciones contractuales.

En lo atinente a la pretensión de inconsistencias en la liquidación, refirió que las mismas no se acreditaron, en tanto el extremo inicial de la relación correspondió al 1º de agosto de 2013 y, de otra parte, devengaba un salario variable, por ende, no se debía realizar la liquidación con el último salario reportado ante la AFP.

III. RECURSOS DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandada interpuso recurso de apelación. Para tal efecto, señaló que no era menester que, de manera expresa en el manual de cargos y funciones, se señalara que los medicamentos estaban a cargo de la trabajadora, ello en tanto se presume que todos los fármacos del CAF hacían parte de su responsabilidad, al estar a cargo de los mismos.

Así las cosas, existió un cumplimiento grave ante la pérdida de los medicamentos de alto costo, que además generó un perjuicio económico, así como al no ser factible su entrega a los usuarios.

IV. CONSIDERACIONES:

4.1 Trámite de segunda instancia:

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

4.2 Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala auscultará si la accionante tiene derecho al pago de la indemnización por despido sin justa causa.

4.3 Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar que no es objeto de reproche en esta instancia que entre la demandante DIANA YOLIMA CARDONA FONSECA y la demandada AUDIFARMA S.A., existió como medio vinculante un contrato de trabajo con vigencia entre el 1º de agosto de 2013 y el 10 de octubre de 2019.

Precisado lo anterior, y en punto del objeto de reproche de la parte pasiva en su alzada, debe advertirse que en tratándose de la demostración de la terminación del contrato de trabajo por despido sin justa causa, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia, tales como las sentencias SL4416-2021, Radicación No. 82850 del 22 de septiembre de 2021, SL4233-2021, Radicación No. 79105 del 14 de septiembre de 2021, SL1684-2022, Radicación No. 86012 del 17 de mayo de 2022, SL1582-2022, Radicación No. 85407 del 10 de mayo de 2022, SL1459-2022, Radicación No. 88111 del 4 de mayo de 2022, entre otras, ha enfatizado que le corresponde al trabajador demostrar el despido y, al empleador, probar la justa causa invocada para la terminación del contrato de trabajo.

Ahora bien, el hecho del despido fue plenamente acreditado mediante la misiva de terminación del 8 de octubre de 2019, en la cual se refiere:

> *"Por medio de la presente, AUDIFARMA SA le informa que ha decidido dar por terminado de manera unilateral y por justa causa el contrato de trabajo celebrado con Usted. Decisión que fue tomada teniendo en cuenta los siguientes hechos:*
>
> *"presunto incumplimiento a sus obligaciones, ante la pérdida de los medicamentos AAA y AA (BOSENTAN TABLETA RECUBIERTA 125 MG 60 unidades, BOSENTAN TABLETA RECUBIERTA 125 MG - 180 unidades, MACITENTAN TABLETA RECUBIERTA 10 MG 1 unidad, INTERFERON BETA 1A RECOMBINANTE HUMANO, (44MCG/05ML) CARTUCHO PRELLENADO SOLUCION INYECTABLE 132 MCG /1.5 ML 4 unidades, GOLIMUMAB (100MG/ML) PEN AUTOINYECTOR SOLUCION INYECTABLE 50 MG 0.5 ML-1 unidad, DENOSUMAB SOLUCION*

INYECTABLE 60 MG 1 ML 1 unidad, FINGOLIMOD CAPSULA 0.5 MG - 1 unidad), los cuales se encontraban en el inventario del CAF.

"Lo anterior, fue objeto de diligencia de descargos el día 25 de agosto de 2019, en el cual se le interrogó y sobre los hechos y se evidencia un claro incumplimiento en sus funciones y deberes, pues usted misma lo reconoce en una de las respuestas así: "Yo no ninguno, el tramo lo tenía asignado la auxiliar administrativa, el único control es cuando se hacía el inventario físico, conteo de toda la farmacia. Yo le hacía preguntas verbales si hacía o no los conteos, por confianza nunca revisé que, si se estuviera haciendo", es decir, el inventario de esos medicamentos es responsabilidad directa del coordinador y en este caso usted no lo hizo, sino que delegó la responsabilidad y más grave aún que no le hizo el seguimiento, lo que la hace responsable de la pérdida por no tener el control ni el seguimiento.

"Además ello demuestra el incumplimiento con el Proceso Control de Inventario y Movimientos en el CAF P-OC010, lo que se vio reflejado la pérdida de los medicamentos que se evidenció y que fue objeto de descargos, y queda en evidencia situaciones que demuestran desorganización en el punto de atención y también que generan una pérdida económica a la empresa".

Tal como lo determinó el *a-quo* resulta imperioso establecer en primera medida si las conductas endilgadas, son atribuibles a las funciones de la accionante.

Para tal efecto, se tiene que el cargo desempeñado es el denominado coordinadora CAF II, aportándose por la demanda el documento denominado *"descripción cargos"*, mismo que contiene las obligaciones del empleo referenciado, de la siguiente manera:

Coordinar los procesos de	Asegurar la realización de los	VERIFICAR

custodia y control del inventario en el CAF.	conteos diarios el conteo diario y verificación de fechas de vencimiento de los medicamentos en el CAF, así como las acciones que se generen por el resultado de los conteos.	
	Realizar verificación diaria del inventario de los medicamentos de alto costo que lo requieran (relacionados en el listado de MAC para verificación diaria).	VERIFICAR
	Realizar la preparación y coordinar la ejecución del Inventario físico del CAF de acuerdo a los modelos definidos por la organización.	HACER
	Realizar el análisis de las necesidades de ajustes al inventario de medicamentos del CAF y generar la solicitud al área encargada del control de inventarios.	ACTUAR

De otra parte, en la versión libre que rindiera la trabajadora, al interrogarle sobre las funciones que debe desarrollar, señaló "*estoy con el rol de coordinador, es estar pendiente del inventario, tiempos en sala y en control de caja, esas son las tres funciones según el nuevo rol, pero uno hace más*

funciones", de igual manera al interrogarle sobre quién es el responsable de la vitrina de alto costo:

> *"En el momento de la pérdida de los medicamentos no existía esa vitrina de alto costo, en este momento sí. En ese momento estaban en un estante separados de los otros medicamentos, detrás del puesto del auxiliar administrativo y los conteos los hacia la auxiliar administrativa y el resto la persona encargada del tramo. Se supone que se debían hacer diario, pero realmente no se estaban haciendo. Ella los hacía contra sistema no físicos"*

En lo atinente al conteo de medicamentos de alto costo y los controles que realizaba, señaló:

> *"Todos los días se debe hacer y se imprime el listado de los medicamentos alto costo diarios que arroja el sistema y se cuenta en físico de lo que hay en físico y se ingresa en conteos manuales al sistema, tengo entendido que la regla es que el ingreso se debe hacer diario o máximo cada dos días, pero el conteo debe ser diario".*
>
> *"[…]*
>
> *"Yo no ninguno, el tramo lo tenía asignado la auxiliar administrativa, el único control es cuando se hacia el inventario físico, conteo de toda la farmacia. Yo le hacía preguntas verbales si hacía o no los conteos, por confianza nunca revisé que si se estuviera haciendo.*

Así mismo la trabajadora reconoció que delegó la responsabilidad de los medicamentos de alto costo triple A, a la señora DIANA SASTOQUE, refiriendo ser dicha persona la responsable, y los doble A estaban a cargo de la auxiliar administrativa; finalmente aceptó que la conducta implicaba un

incumplimiento a sus obligaciones, y que tras la pérdida se adoptaron algunas medidas; al respecto aseveró:

> *"Después de lo que paso solicitamos una vitrina pequeña para los más alto costo y los triple A y los doble están en un estante y se están contando diario, unas veces por mí o por la auxiliar administrativa y la responsable del tramo también lo hace".*
>
> *"[..]*
>
> *"PREGUNTADO: ¿Sabe usted que estas conductas y hechos son un claro incumplimiento a sus obligaciones porque con ello se está generando una pérdida económica al empleador?*
>
> *"RESPUESTA: Si claro.*
>
> *"PREGUNTADO: ¿Es consciente que esos hechos constituyen una falta grave que puede ser sancionada conforme lo indica el reglamento interno de trabajo?*
>
> *"RESPUESTA: Si, pero pues yo no cogí los medicamentos, yo sé que tiene consecuencias, pero no estoy involucrada en el hecho"*

Así las cosas, debe advertirse en primera medida que la causal de despido endilgada no es el hurto de medicamentos por parte de la trabajadora, sino lo atinente al inventario de los mismos la cual refiere el empleador es responsabilidad directa del Coordinador, y frente a lo cual no los realizó, delegó la responsabilidad y no hizo el seguimiento; de igual manera que incumplió con el Proceso Control de Inventario y Movimientos en el CAF P-OC010, lo que acarrea desorganización en el punto de atención, hechos estos que a la postre implicaron la pérdida de medicamentos y consecuencias económicas adversas a la empleadora.

Ahora bien, en lo atinente al inventario se tiene que el mismo en efecto, es de responsabilidad del cargo desempeñado por la accionante. En el manual de funciones se expresa de manera clara que se debía verificar que se lleve a cabo la realización de los conteos diarios y verificación de fechas de vencimiento de los medicamentos en el CAF, así como las acciones que se generen por el resultado de los conteos; de igual manera, debía verificar diariamente el inventario de los medicamentos de alto costo que lo requieran.

De otra parte, si bien se aduce que el conteo físico debía realizarlo la auxiliar administrativa, lo cierto es que el manual de funciones refiere de manera expresa que el cargo de coordinador tiene a su cargo la *"verificación diaria del inventario de los medicamentos de alto costo que lo requieran",* obligación que no cumplía la demandante quien en versión libre señaló frente a los conteos físicos que *"Se supone que se debían hacer diario, pero realmente no se estaban haciendo. Ella los hacía contra sistema no físicos";* e incluso refirió que *"por confianza nunca revisé que si se estuviera haciendo".*

De tal manera, que había evidenciado una conducta indebida para la realización del conteo físico, lo cual impacta de manera directa al inventario de medicamentos de alto costo, cuya verificación estaba a su cargo.

Al absolver el interrogatorio de parte, la demandante en cuanto al Proceso de Control de Inventario y Movimientos en el CAF a su cargo, señaló:

"[…] Tenía que delegar unos tramos, estar pendiente que existieran los conteos, […] velar porque todos los medicamentos estuvieran en orden, en la estantería adecuada, manejo de personal en cuanto a realización de conteos asignados, preparación de conteos mensuales, preparación de inventario […] dispensación correcta de medicamentos […]"

Aceptó que la totalidad del inventario estaba a su cargo y se delegaban funciones. Refiere que delegó a la auxiliar administrativa ALEJANDRA QUIROGA CEBALLOS, quien hacía el inventario, y que verificaba el control mediante preguntas verbales. Refiere que cuando ocurrió la pérdida, a principios de mes se hizo el conteo físico, sin que faltaran medicamentos de alto costo, y posteriormente ocurrió el desfase.

La testigo OLGA LUCÍA TESTIGO, quien refirió haber laborado en AUDIFARMA S.A. y que era superior de la demandante; señaló que el manejo del inventario del CAF era complejo, al manejar un alto volumen de fórmulas; señala además que el personal era insuficiente frente a la cantidad de pacientes y fórmulas, sin constarle si la demandante solicitó que se incrementaran trabajadores.

Frente al inventario señala que diariamente los funcionarios deben hacer diariamente los conteos de medicamentos que establezca el sistema de AUDIFARMA, mensualmente se hace otro conteo, y anualmente el Administrador hace el inventario general; aseveró que en el CAF el responsable es el Coordinador, y los auxiliares tienen también a su cargo el buen manejo.

El testigo OMAR SANTIAGO BUENDÍA refirió que laboró para AUDIFARMA S.A.; así mismo que la demandante fue despedida por cuanto era la jefe del punto de atención ubicado en Restrepo, en donde se presentó un inconveniente en el inventario; señalo que no existía vitrina de medicamentos de alto costo, sino solo estantes; asegura que los medicamentos doble A y triple A estaban al acceso de todo el personal; señala que a la accionante se le transmitía la información del inventario; señala que el inventario era diario de acuerdo al tramo asignado.

La testigo CATALINA CARVAJAL manifestó igualmente haber laborado en la accionada y no conocer a la demandante. Señaló que se hace asignación de tramos del inventario, y una vez o dos veces al año se hace el inventario general. Refiere que cada auxiliar es responsable de un tramo, y al existir diferencias debe notificarlo al Coordinador. Ante la pérdida de medicamentos señaló que la responsabilidad estaba a cargo de la persona a cargo del tramo, esto es, el auxiliar, quien además debía notificarlo al Coordinador.

La testigo ADRIANA CHAVES MADERO, Administradora Regional de AUDIFARMA S.A., señaló no conocer a la demandante; que el contrato de trabajo se dio por terminado por pérdidas en el inventario; que el inventario se divide por tramos, a cada auxiliar se le entregan moléculas para su custodia, y los doble A y trile A deben estar bajo custodia del Coordinador, quien, si bien puede delegar, debe estar pendiente que las diferencias sean corregidas oportunamente.

Del análisis integral de los anteriores medios de convicción, se tiene claro que el inventario estaba a cargo de la demandante al ejercer el cargo de Coordinadora, así mismo de verificar que el mismo se realice en debida forma; de otra parte, la prueba testimonial da cuenta que para en el Proceso de Control de Inventario y Movimientos en el CAF, la Coordinadora debe asignar tramos a quienes ejercen el rol de auxiliar, y tal como lo señalaron las deponentes CATALINA CARVAJAL y ADRIANA CHAVES MADERO, la Coordinadora debe responder cuando evidencie falencias en el inventario que lleven las personas de cada tramo, quienes debían comunicárselo, sin que exista prueba alguna que refiera que la coordinadora debiera hacer el conteo físico de todos los medicamentos, sino verificar que las auxiliares llevaran a cabo el tramo asignado del inventario, lo cual hacía la trabajadora de manera verbal, sin que existiera la obligación de hacerlo física y diariamente, pues en tal evento, carecería de sentido la asignación de labores a las auxiliares, y en todo caso, excedería las capacidades del alto volumen de fórmulas.

Así las cosas, si bien se presentó una pérdida de medicamentos, tal actuación no obedeció a un incumplimiento grave de las obligaciones de la trabajadora, pues el cargo desempeñado implicaba la asignación del inventario por tramos asignados a las auxiliares, lo cual realizó, y la verificación del trabajo de las auxiliares no implicaba suplirlas o realizar personalmente el conteo físico diario, estando a su alcance el controlar verbalmente que realizaran la labor.

Debe resaltarse que la señora CATALINA CARVAJAL, quien fue citada como deponente por la parte demandada, y ejerció el rol de Jefe de Operaciones de Bogotá, señaló de manera clara que, ante la pérdida de medicamentos, responde:

> *"[…]el del tramo, porque el del tramo es quien debe hacer las validaciones todas las semanas de que su inventario y su tramo esté completo, si el auxiliar no hace las validaciones y no le notifica a su coordinador y posterior en el inventario general se encuentran diferencias en esos medicamentos que tenía asignado la persona, la responsabilidad es del auxiliar"*

Así las cosas, la prueba testimonial da cuenta que en realidad la accionante no incumplió sus obligaciones, en tanto asignó a los auxiliares tramos del inventario, y delegó tal actividad, lo cual estaba permitido y resultaba necesario por el volumen de trabajo, además no tenía a su cargo el verificar diariamente mediante conteo físico los medicamentos de tramos asignados a los auxiliares, sino hasta cuando hiciera el inventario general; finalmente no se avizora que el llevar un control verbal se contraponga a instrucciones sobre cómo realizar el mismo.

Como corolario de lo anterior, se confirmará la decisión de primer grado. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada.

V. 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 de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de noviembre de 2022 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones vertidas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demanda. Se fijan como agencias en derecho la suma de $1.160.000.

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 **36 2021 00432 01**
Demandante:	AUGUSTO MEJIA HENAO
Demandados:	COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de PORVENIR S.A. al abogado MIGUEL ÁNGEL CADENA MIRANDA, identificado con cédula de ciudadanía 1.020.792.591 y T.P. 380.420 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 15 de mayo de 2023 por el Juzgado Treinta y Seis 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 AUGUSTO MEJIA HENAO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A., a fin de declararse que su consentimiento fue viciado, lo que la indujo en error en su afiliación ante el incumplimiento del deber de información por parte de los fondos privados, se declare la ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y que continúa afiliado al régimen de prima media con prestación definida, además se declare que PORVENIR S.A. debe devolver a COLPENSIONES sus aportes.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se ordene a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. y a PORVENIR S.A., a tener como ineficaz el acta o formulario de afiliación que suscribió a esos fondos y a COLPENSIONES a tenerlo como afiliado en el régimen que administra. A su vez, se condene a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES, los aportes que ha efectuado, se condene a lo *ultra y extra petita* y a las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 2 de septiembre de 1961, y que efectuó cotizaciones al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES desde marzo de 1985 hasta abril de 1996, donde alcanzó 572 semanas; trasladándose a ING hoy PROTECCIÓN S.A. el 14 de marzo de 1996.

De otro lado, expuso que dicho traslado de régimen pensional se dio bajo la promesa de que su pensión sería superior a la que le correspondería en el régimen de prima media con prestación definida, que se podía pensionar a cualquier edad y que el SEGURO SOCIAL sería liquidado y dejaría de existir, lo que implicaría que podía perder los aportes que realizo a esa entidad, además, refirió que no le explicó cómo se liquidaría la pensión en el fondo privado, los requisitos para obtener la pensión en ambos regímenes ni las consecuencias que le ocasionaría el traslado. Finalmente, adujo que solicitó a las accionadas la nulidad o invalidez de su afiliación al RAIS, petición que fue denegada. (f. 11 a 27 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones elevadas en el *petitum,* arguyendo que el demandante se encuentra válidamente afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, al suscribir el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria. Así mismo, no puede dejarse de lado que, al momento de llevar a cabo las afiliaciones al RAIS, no se encontraba inmerso en las causales de prohibición y por ende su traslado es válido conforme lo indica la normatividad, en las que en la actualidad si se encuentra incurso, por lo que no le es posible contrariar la ley.

Formuló los medios exceptivos de mérito de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica. (f. 2 a 24 archivos 06).

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones. Al respecto, señaló que el traslado de régimen del demandante es completamente válido, conclusión a la que se arriba en la medida que no aporta prueba que permita concluir que su traslado de régimen pensional se dio por incumplimiento del deber de información, sin que acreditara el vicio en el consentimiento que alega.

Como excepciones de fondo propuso las 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. (f. 2 a 27 archivo 07).

PROTECCIÓN S.A. contesto la demanda oponiéndose a las pretensiones del libelo introductorio, sosteniendo que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, observándose del formulario de vinculación que suscribió el promotor, que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato, por virtud del cual se generaron derechos y

obligaciones tanto en cabeza del Fondo como del afiliado, manifestación de voluntad que estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, lo que constituye una manifestación inequívoca de trasladarse a ese fondo.

Expuso como excepciones las que demonio 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 o ineficacia de la afiliación por falta de causa, e inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y traslado de aportes. (f. 3 a 29 archivo 08).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 15 de mayo de 2023, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por AUGUSTO MEJÍA HENAO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad del día 1o. de mayo de 1996, a través de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A.*
>
> *SEGUNDO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, a normalizar la afiliación de la activa en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a COLPENSIONES-, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas.*
>
> *TERCERO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. trasladar a -COLPENSIONES-, la totalidad de los valores que hayan sido descontados de la cuenta de ahorro individual de la accionante durante la vigencia de la afiliación con dicha AFP, por conceptos de gastos de administración, comisiones, costos de primas de seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados. Lo anterior, con la precisión de que dicha medida cobija tanto el periodo de permanencia con las AFP COLMENA e ING, como en el que directamente con PROTECCIÓN S.A.*

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

QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

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

SEPTIMO: CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en favor de COLPENSIONES-, conforme lo dispone el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S."

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* precisó que el actor se afilió al RAIS a través de COLMENA el 14 de marzo de 1996 y luego se trasladó a PORVENIR el 9 de agosto de 2000. A continuación, señaló que el deber de información se encuentra en cabeza de las administradoras desde la expedición de la Ley 100 de 1993, la que en el literal d) del artículo 13 establece el derecho de libre elección de régimen pensional; además el artículo 97 numeral 1º del Decreto 663 de 1993, establece el deber de información.

A su vez expuso que, según lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en inicio en casos similares se analizaron bajo la egida de la nulidad de traslado de régimen pensional, sin embargo, posteriormente en sentencia SL1421-2019 esa Corporación precisó que las consecuencias de un traslado desinformado, era la ineficacia del mismo.

Seguidamente, refirió que al tenor de lo consagrado en la sentencia SL1055-2022, fueron traídas a colación unas sub reglas bajo el parámetro de la debida información que deben suministrar las administradoras pensionales a sus potenciales afiliados como son: (i) el cumplimiento del deber de información no se agota con la suscripción del formulario de afiliación, (ii) la carga probatoria consistente en acreditar el cumplimiento del deber de información se encuentra en cabeza de la AFP, (iii) no es necesario que la persona sea beneficiaria del régimen de transición para que proceda la ineficacia por el incumplimiento en el deber de información, (iv) no se requiere acreditar la configuración de un perjuicio, (v) el hecho tal de que un argumento del afiliado consista en que obtendrá una mejor pensión en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida no implica que no proceda la ineficacia, (vi) el incumplimiento del deber de información no se analiza desde el régimen de las

nulidades sino desde la ineficacia, (vii) aunque el afiliado se traslade entre AFP tal situación no desdibuja el cumplimiento del deber de información.

En ese orden ideas, concluyó que COLMENA S.A. no demostró el cumplimiento del deber de información, pues el actora no confesó tal aspecto, declarando la ineficacia del traslado con la consecuencial devolución de los emolumentos causados en virtud de dicho acto jurídico, 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 COLPENSIONES la apeló. Argumentó en su alzada que el traslado de régimen del actor en 1996 es eficaz y produjo efectos jurídicos para las partes, suscribiendo el formulario de afiliación de manera libre, voluntaria y siendo consciente de la decisión de llevar a cabo el traslado de régimen pensional en donde ha permanecido por un lapso de tiempo amplio sin manifestar inconformidad alguna sobre la administración de sus recursos y sin solicitar alguna proyección pensional, acotando además que el gestor se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado, lo que impide que lo pueda recibir como afiliado, aunado a que la decisión objeto de censura afecta el equilibrio financiero del sistema por lo que solicita se revoque la misma.

PORVENIR S.A. en su apelación solicita se revoque la sentencia de instancia, ya que cumplió con el deber de información establecido para el momento del traslado el cual no exigía prueba diferente al formulario de afiliación, precisando que la obligación de doble asesoría surgió con posterioridad. Asimismo, solicita se revoque la condena por gastos de administración y seguros previsionales ya que no se encuentran en su poder y cumplió con su deber de buena administración lo que arrojó unos rendimientos superiores a los que obtendría en el fondo público y cubrió los riegos de invalidez y muerte, aunado a que no procede la indexación ya que está cubierta con el traslado de los rendimientos. Finalmente, solicita se revoque la condena en costas en tanto, no fue la que llevó a cabo el traslado de régimen primigenio y cumplió con sus deberes legales.

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 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 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, o se dieron traslados horizontales, hechos estos 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 al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. el 14 de marzo de 1996 y el formulario de afiliación a PORVENIR S.A. el 9 de agosto de 2000; vinculaciones que se hicieron efectivas el 1º de mayo de 1996 y el 1º de octubre de 2000, respectivamente, según el reporte SIAFP que obra en el plenario. (f. 28 y 138 archivo 07). Formularios que, si bien refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, ello, 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".*

De otra parte, el demandante señor AUGUSTO MEJIA HENAO en el interrogatorio de parte a él practicado, sostuvo que a su lugar de trabajo llegaron asesores de COLMENA, los cuales les propusieron el cambio de régimen pensional ofreciendo unos beneficios y unas modalidades pensionales similares a las del ISS, aduciendo además que dicha entidad sería liquidada, lo que ponía en riesgo los aportes que había efectuado, precisando que suscribió el formulario de afiliación el cual fue diligenciado por los asesores. Además, expuso que recibía y verificaba los extractos que le remitía el fondo, sin embargo, cuando en consulta al fondo privado le explicaron que

su mesada allí sería inferior a la que obtendría en la referida administradora de pensiones, lo que motiva su solicitud de retorno; de otra parte, aseveró que su trasladado a PORVENIR se dio por cuanto le manifestaron que ese fondo era más seguro, sin estar consciente de que las condiciones de ambos regímenes son diferentes.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. al momento del traslado del demandante, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual 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	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

	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 al actor para el año 1996, 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 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 a los que hace alusión PORVENIR en su alzada, 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, 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 al declararse la ineficacia del traslado, que menciona COLPENSIONES, conviene memorar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha reseñado sobre el particular lo siguiente:

> *"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 la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones,

rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual, luego, acorde con tales consideraciones resultan imprósperos los argumentos esbozados por la apelante.

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.

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

> *"Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el*

recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

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

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

"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).

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

Así las cosas, contrario a lo referido por las apelantes en su alzada, no se evidencia yerro alguno en la decisión de la Juez de instancia, al declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del actor y las consecuencias de tal decisión. Corolario de lo expuesto, habrá de confirmarse la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

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 15 de mayo de 2023 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuesta en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Se fijan como agencias en derecho la suma de $500.000 a cargo de cada una 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

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 **37 2019 00819 01**
Demandante:	OLGA MARINA GARCÍA NORATO
Demandados:	COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada NICOLE JULIANA LÓPEZ CASTAÑO, identificada con cédula de ciudadanía 1.016.007.216 y T.P. 266.914 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 7 de marzo de 2023 por el Juzgado Treinta y Siete 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 OLGA MARINA GARCÍA NORATO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., a fin de

declararse que se incumplió por parte de las AFP con el deber de información al no brindársele una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva, comprensible y comparativa sobre las características y consecuencias de su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Por consiguiente, se declare la ineficacia de la afiliación que llevara a cabo del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad inicialmente por intermedio de COLFONDOS S.A. y luego con PORVENIR S.A., así como que se declare que nunca se trasladó al sistema privado de pensiones.

Asimismo, se condene a COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. a registrar en su sistema de información que su afiliación al régimen privado es ineficaz, al igual que se condene a COLPENSIONES activar su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Igualmente, se condene a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital de su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, bonos pensionales y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades sin aplicar ningún descuento, y se le condene a COLPENSIONES recibir la totalidad de los aportes a pensión, lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita* y costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que inició sus aportes en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida a través de la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE BOYACÁ por el periodo comprendido entre el 12 de junio de 1989 y el 24 de agosto de 1995.

Que firmó el formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de COLFONDOS S.A. el 25 de agosto de 1995, por cuanto en el lugar donde trabajaba le informaron que con ocasión a la liquidación de la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE BAYACÁ debía afiliarse a un fondo privado, pero sin que dicha AFP le hubiese suministrado ninguna actividad de asesoramiento responsable y transparente a fin de brindarle información veraz,

oportuna, pertinente y objetiva para prever las consecuencias futuras que le acarrearía el traslado de régimen pensional.

Expuso que, con posterioridad, más exactamente el 9 de mayo de 2000, llevó a cabo un traslado horizontal con destino a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., sin que tampoco se hubiese llevado a cabo una asesoría acerca de las diferencias, pormenores, ventajas y desventajas de cada régimen pensional.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

En proveído calendado el 14 de enero de 2020 el Juzgado *a-quo* al admitir la demanda, vinculó de manera oficiosa al DEPARTAMENTO DE BOYACÁ – SECRETARÍA DE HACIENDA – FONDO PENSIONAL TERRITORIAL DE BOYACÁ (Fls. 133 a 135 – PDF PROCESO ORDINARIO).

Para el efecto, esta vinculada contestó la demanda manifestando que de conformidad con la certificación laboral fechada el 8 de noviembre de 2018 expedida por la GOBERNACIÓN DE BOYACÁ, consta que la demandante efectuó aportes para pensiones a la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE BOYACÁ por el periodo comprendido entre el 12 de junio de 1989 y el 24 de agosto de 1995.

Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva e inexistencia de la obligación y la innominada o genérica.

PORVENIR S.A. arguyó en su contestación que la afiliación de la demandante ante sus dependencias en el año 2000 la realizó de manera libre e informada, después de haber sido asesorada sobre las implicaciones de su decisión, del funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y de sus condiciones pensionales individuales.

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

COLFONDOS S.A. al contestar la demanda manifestó que a la actora le fue brindada una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en

la que se asesoró acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias de ambos regímenes pensionales, las ventajas y desventajas y el derecho de rentabilidad en dicho régimen.

Impetró las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y la de compensación y pago.

COLPENSIONES adujo que la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y no probó un error, fuerza o dolo en su afiliación al fondo privado; por el contrario, el traslado se realizó con plena voluntad de la cotizante, quien por decisión propia solicitó el traslado a suscribir el formulario de solicitud de afiliación a COLFONDOS S.A. en el año 1995, cumpliendo con los requisitos establecidos por la sentencia C-1024 de 2004 y C-789 de 2002.

Propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 7 de marzo de 2023, resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO DE TRASLADO** entre regímenes pensionales que efectuó la demandante señora **OLGA MARINA GARCÍA NORATO** del Régimen Público administrado en su momento por la Caja De Previsión Social De Boyacá al Régimen del Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la **AFP COLFONDOS** que tuvo como fecha de suscripción el 25 de agosto de 1995. En consecuencia, se **DECLARA** válida su afiliación al régimen de prima media con prestación definida administrado por **COLPENSIONES**, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** su actual*

*administradora, a transferir con destino a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-**, todos los todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, en los periodos de vinculación con la entidad, así como la vinculación que se tuvo con **HORIZONTE**, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.*

***TERCERO: CONDENAR** a la demandada **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** a trasferir con destino a **COLPENSIONES**, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, en los periodos de vinculación con la entidad, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la sentencia.*

***CUARTO: COSTAS** a cargo de **COLFONDOS S.A.**, para tal efecto se fijan como agencias en derecho la suma de 1 SMMLV. **Sin COSTAS** para demás entidades demandas.*

***QUINTO: DECLARAR PROBADA** la excepción de falta de competencia para registrar y/o activar la afiliación o traslado al **RPM**, en tal sentido absolver al DEPARTAMENTO DE BOYACÁ de todas y cada una de las pretensiones invocadas en el libelo introductorio.*

***SEXTO:** Se ordena remitir el presente proceso a la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, de conformidad con los expuesto en la parte motiva de la decisión."*

Para arribar a dicha conclusión, el operador de primer grado indicó que de acuerdo con lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, existen parámetros para resolver el caso en concreto, siendo el primero de ellos, el atinente al cumplimiento del deber de información desde su primera etapa de nacimiento, el segundo alude a que el formulario de afiliación no demuestra el cumplimiento del deber de información, por lo que se debe acreditar a la luz de otros medios probatorios, el tercero refiere a que está en cabeza de los fondos de pensiones tal deber, pues desde el nacimiento de la Ley 100 de 1993 existe, y el cuarto parámetro alude a que los anteriores se aplican sin restricción alguna, es decir, sin que se deba tener en cuenta que sean beneficiarios del régimen de transición o hayan cumplidos los requisitos para acceder al derecho pensional.

De esa forma, señaló que yace en el plenario evidenciaba que da cuenta que la actora estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida a través de la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE BOYACÁ, bajo el entendido que el artículo

128 de la Ley 100 de 1993 permite continuar con su afiliación en el régimen público independientemente la afiliación en una caja de previsión.

Que a su vez, la actora se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad el 25 de agosto de 1995 a través de COLFONDOS S.A. Añadió que del formulario de afiliación del traslado, si bien se puede extraer que se dio de manera voluntaria, más no puede entenderse que fue debidamente informada para tomar tal decisión, aunado a que de la declaración vertida por la promotora no se puede evidenciar el cumplimiento de tal obligación en cabeza del fondo, afiliación que también ocurrió con el traslado horizontal que se llevara a cabo por intermedio de la AFP COLFONDOS hoy PORVENIR S.A. el 9 de mayo de 2000.

En ese orden de ideas, al no encontrar probado el deber de información, expuso que procedía la ineficacia del traslado que realizó la actora al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que se ordenaría a COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES todos los dineros que reposen en la cuenta individual de la demandante, junto con los bonos, rendimientos, gastos de administración y comisiones, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Señaló que no procedía la indexación de tales emolumentos, en tanto, los rendimientos financieros compensan la depreciación de tales emolumentos y se ajusta a principio de la sostenibilidad financiera, declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a cargo de COLFONDOS S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la parte demandada COLPENSIONES la apeló. Al respecto, sostuvo que el traslado de régimen de pensiones de la actora se llevó a cabo con plena voluntad, por lo que no procede la declaratoria de la ineficacia y la consecuencial condena de afiliarla en el régimen que administra, dado que fue una afiliación con plena voluntad de lo cual da cuenta el formulario vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, además ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS por más de veinte años.

Agregó que entre 1994 y 2016 no se exigía nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al Régimen de Ahorro

Individual con Solidaridad, por lo que no se pueden imponer cargas adicionales, además el precedente jurisprudencial que regula la materia surgió desde 2008.

Por otra parte, las características, condiciones y modalidades pensionales de los regímenes pensionales se encuentran consagradas en la Ley 100 de 1993, norma de alcance nacional que impone su conocimiento a todos los ciudadanos, aunado a que la motivación de la gestora de trasladarse obedece a la informidad respecto del monto de su mesada pensional, sin que esta haya cumplido con los deberes que como consumidora financiera del sistema general de pensiones le incumben, mostrando al contrario desidia sobre su futuro pensional, pues solo se circunscribió a firmar el formulario como lo relató en el interrogatorio de parte.

Señaló que con la declaratoria de la ineficacia del traslado se vulnera el principio de sostenibilidad financiera, por tanto, solicita se revoque la sentencia de instancia.

De forma subsidiaria, solicita que en caso de confirmarse la sentencia objeto de censura se le absuelva de costas ya que no tuvo injerencia en el acto jurídico que hoy se declara ineficaz y se ordene la indexación de los gastos de administración.

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 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 la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través COLFONDOS S.A. el 25 de agosto de 1995 y por intermedio de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 9 de mayo de 2000 respectivamente (Fls. 77, 79, 116, 119, 175, 176, 760 - PDF PROCESO ORDINARIO), 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, la aquí demandante señora OLGA MARINA GARCÍA NORATO 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 COLFONDOS S.A. en el año 1995 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, de allí que no se le hubiese advertido 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 COLFONDOS 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**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**

	pensiones a dar 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 al actor para el año 1995, 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 COLFONDOS S.A., primera AFP donde se vinculó la demandante, 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, 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 alegado por 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 financiara, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual, luego, acorde con tales consideraciones resultan imprósperos los argumentos esbozados por COLPENSIONES, en tanto, 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 SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

> *"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).*
>
> *"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.*

Así las cosas, es evidente que los gastos de administración deban indexarse, más aún cuando tal aspecto en manera alguna se compensa por los rendimientos, por lo que la decisión de primer grado habrá de adicionarse parcialmente en la medida que tal tópico fue objeto de absolución.

En lo atinente a la inconformidad que presenta la demandada COLPENSIONES de condena en costas en primera instancia, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio.

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 esa accionada se opuso a las pretensiones de la demanda, además, fue condena a recibir los dineros producto de la declaratoria de la ineficacia del traslado, y se dispuso que debe afiliar a la actora al régimen que administra y actualizar la historia laboral de éste; es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas, pues resulta evidente que fue vencida en juicio, aspectos todos por los que la sentencia de primer grado se confirmará en su integridad.

COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

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 de primer grado proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **CONDENAR** a la demandada COLFONDOS S.A., que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto a las sumas correspondientes a rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo que estuvo afiliada 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.

De la misma forma, deberá proceder el restante de las AFP llamadas a este juicio frente a la devolución a COLPENSIONES de los gastos de administración sobre los aportes efectuados por la demandante mientras estuvo afiliada a esa administradora.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente. Se fijan como agencias en derecho la suma de $500.000 a favor de la 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

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 **38 2021 00305 01**
Demandante:	ALI ILDEFONSO LEMUS ABRIL
Demandado:	AMERICAN VETERINARIA LTDA.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio 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 23 de noviembre de 2022 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor ALI ILDEFONSO LEMUS ABRIL promovió demanda ordinaria laboral en contra de AMERICAN VETERINARIA LTDA., con la finalidad que se declare la nulidad del contrato de transacción que suscribieron las partes el 18 de junio de 2018 y se declare que mantuvo un contrato de trabajo con la demandada.

Por consiguiente, pretende se condene a la enjuiciada a pagar las primas de servicios, cesantías, intereses a las cesantías y las vacaciones causadas en vigencia de la relación laboral, junto con la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa por parte del empleador y la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., además, reclama el pago de aportes al sistema de seguridad social integral y las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como sustento de sus aspiraciones, indicó que ingresó a laborar para la demandada en marzo de 2004, desempeñando el cargo de auxiliar de despacho el cual contaba con manual de funciones, precisando que en la descripción del cargo se indica que distribuye productos y es el contacto final entre la imagen de la empresa y el cliente. Añadió que la encartada tiene asignado un vehículo para realizar las funciones propias del cargo y se llevaba una planilla de ruta para mensajería, despacho y entrega de productos.

Expuso que otras funciones a su cargo, consistían en realizar envíos a través de transportadoras para clientes fuera de Bogotá, efectuar retiro de pagos y consignaciones y retiro de cheques de clientes de la accionada, enfatizando que existía un soporte de recaudos en una libreta que estaba a su disposición. A su vez, refirió que la demandada el 24 de marzo de 2015 reasignó el vehículo que manejaba al señor LUIS CARLOS LUNA, por lo que debió atender labores administrativas, como consta en memorando adiado el 24 de marzo de 2015.

En otro giro, señaló que los salarios que devengó desde que ingresó a laborar para la demandada hasta que finalizó la relación laboral, esto es, desde 2004 a 2017, correspondieron para el primer año, es decir, para 2004 a la suma de $750.000, incrementado en adelante hasta 2009 en $50.000 cada año hasta llegar a $1.050.00, y de 2010 a 2017 su salario anual siempre fue de $1.100.000, sin que le fueran reconocidas prestaciones sociales como primas, cesantías, e interés a las cesantías y además debiendo realizar de su propio peculio los pagos a seguridad social como independiente, igualmente señaló que a partir de 2013 debió elaborar una cuenta de cobro por $3.400.000 y que ese monto junto con el $1.100.000.oo se consignaba a su cuenta bancaria, aunado a que la demandada lo afilio a la ARL SURA.

Por último, relató que el 18 de junio de 2018 la encartada le hizo firmar un acuerdo transaccional por $17.685.000, en el que se consignó que entre las partes nunca hubo un contrato realidad, dado solo había existido un contrato de servicios de transporte terrestre, desconociendo así sus derechos laborales. (f. 1 a 11 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

AMERICAN VETERINARIA LTDA. contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra. Al respecto, sostuvo que el demandante suscribió el 18 de junio de 2018 acuerdo transaccional de manera autónoma y voluntaria a efecto de precaver algún litigio, esto, luego de aceptar el mismo, recibir la suma pactada de $17.685.000, y declarar a paz y salvo a la sociedad por todo concepto, con ocasión del contrato civil de servicios de transporte terrestre que celebraron. Por lo que no es de recibo que pretenda la nulidad de dicho acuerdo, arguyendo la imposición de la empresa a tal decisión, máxime cuando el actor es una persona que puede tomar sus propias decisiones o autodeterminarse. En cuanto a la relación laboral que se reclama por activa, adujo que el contrato que pactaron las partes fue de naturaleza civil, hecho este que de ninguna manera tiene el efecto de constituir un contrato realidad entre las partes.

Formuló las excepciones de inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, falta de título y causa, enriquecimiento sin causa, compensación, cosa juzgada y prescripción. (f. 40 a 53 archivo 03).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 23 de noviembre de 2022, absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la parte actora.

Para arribar a tal conclusión, el fallador de instancia comenzó por precisar que el actor pretendía la nulidad de la transacción suscrita el 18 de junio del 2018 y que en su lugar se declarara la existencia de un contrato de trabajo en aplicación al principio de la primacía de la realidad sobre las formas, señalando el fallador de instancia que entendía que tal relación se reclamaba desde el año 2004 hasta el año 2017, dado que no se precisa con claridad los extremos del vínculo contractual deprecado.

Así las cosas, dijo que estaba acreditado en el plenario que el 18 de junio de 2018 las partes suscribieron acuerdo transaccional en virtud de la terminación de un contrato civil de transporte que unía al demandante con la accionada desde 2013, en el que se pactó el pago de $17.685.000. Dicho esto, señaló que la nulidad de la transacción procede si se acredita la configuración de vicios del consentimiento, como el error, la fuerza o el dolo en la suscripción del documento, acotando que en el trámite procesal no obra prueba alguna que dé cuenta que el gestor fue constreñido, forzado o presionado para suscribir el documento y tampoco se constata alguna conducta de la demandada, tendiente a perjudicarlo en la suscripción de la transacción, siendo carga de quien alega las conductas configuradoras del dolo, acreditar la ocurrencia del mismo, lo cual se extiende al error de hecho, por lo que no es dable declarar la nulidad de la transacción.

A su vez, precisó que en materia laboral es viable llevar a cabo transacción o conciliación según lo dispuesto en el artículo 53 de la C.P. y el artículo 15 del C.P.T. y de la S.S., siempre que no se discutan derechos ciertos e indiscutibles del trabajador, indicando que cuando se discute la naturaleza jurídica de la vinculación contractual, es decir, si trata de un contrato de trabajo o uno de prestación de servicios es posible llevar a cabo transacción, máxime si se parte de un vínculo contractual civil de transporte de mercancías, siendo viable llegar a un acuerdo a cambio de una suma transaccional, acuerdo que por demás hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo.

Distinta situación ocurriría si se dijera que se están en el marco de un contrato laboral y con la transacción se buscara desconocer el mismo, aclarando que la actividad desplegada por el actor no imponía la celebración de un contrato de trabajo, pues solo el conductor de servicio público debe estar vinculado por medio de un contrato de trabajo y en el presente asunto se debate que el actor presto servicios como conductor de servicio privado en el marco de un contrato de transporte o uno laboral, reiterando que en ese escenario no se están debatiendo derechos ciertos e indiscutibles.

De otro lado, reiteró que del acuerdo de transacción se podía establecer la prestación de servicios desde el año 2013 y hasta el año 2017, pues así se

deduce de los hechos de la demanda, aunado a que no se encuentran pagos para el año 2018 a favor del demandante por parte de la demandada. Agregando que una posible vinculación laboral de 2005 a 2012 en los términos de la presunción establecida en el artículo 24 del C.S.T., si bien no quedó cubierta por esa transacción, las prestaciones de ese lapso estarían prescritas, al igual que la nulidad de la transacción, documento que fue suscrito el 18 de junio de 2018 y la demanda fue interpuesta el 25 de junio de 2021, superando el termino prescriptivo de tres años que señalan las normas laborales, precisando que si bien se reclaman aportes al sistema de seguridad social los cuales son imprescriptibles, no podía pasarse por alto que en el trámite se dijo que el actor se encuentra pensionado y fue contratado teniendo esa condición, por ende, los aportes por ese concepto no eran obligatorios, razones por las cuales absolvió a la demandada.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante inconforme con la decisión la apeló. Al respecto, indicó que las partes suscribieron Acuerdo de Transacción el 18 de junio de 2018, precisando que la demanda se presentó en los términos correspondientes, esto es, el 21 de junio de 2021 y no el día 23 de ese mismo mes y año, como lo expuso el estrado judicial de instancia, dado que se presentó una falla en el sistema de radicación de demandas, quedando acreditado en el plenario que la demanda se impetró en tiempo, pues remitió las documentales del caso en las que se colige que la demanda quedaba radicada el día hábil posterior, es decir, el día lunes 21 de junio. Luego, si bien la encartada no alega como previa la excepción, por lo que no aporta las pruebas que dan cuenta de tal situación, lo cierto es, que en la página de la Rama Judicial se puede colegir tal situación.

De otro lado, dijo que el contrato existente entre las partes no se trataba de un contrato de prestación de servicios civil, sino laboral, quedando demostrado en el debate probatorio la existencia de los tres elementos que dan cabida al mismo, ya que el demandante no realizaba sus funciones de forma espontánea, pues existía una programación específica en la entrega de los productos y que debía atender las instrucciones de un jefe, quedando demostrada la subordinación; además existen planillas y otras pruebas documentales que

dan cuenta de la existencia de tales elementos, lo que a su vez se colige con el interrogatorio del representante legal de la demandada y los testimonios recaudados, ya que primero aseveró que los honorarios del actor eran variables, mientras que la directora financiera y el coordinador logístico mencionaron que se trataba de un monto fijo.

Al referirse a la validez del contrato de transacción, expuso que no incluye los derechos ciertos e indiscutibles que hacen parte de la integridad del trabajador, y que, pese a que no existieron vicios en el consentimiento debidamente probados en la suscripción de ese acuerdo de voluntades, es evidente que se llevó a cabo sobre un contrato que no existe, por lo que solicita se estudie la validez del contrato realidad.

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 advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, y atendiendo los argumentos expuestos en la alzada, la Sala por metodología determinará en primera medida si es nula la transacción celebrada entre las partes; en caso positivo, se analizará lo atinente a la existencia de una relación laboral entre el demandante y la enjuiciada y el consecuente pago de las acreencias que se reclaman por activa.

a. De la Validez del Acta de Transacción:

Sea lo primero indicar, que en esta instancia no se advierte que fuera objeto de reproche que, entre el demandante y la demandada se suscribió un Acuerdo Transaccional el 18 de junio de 2018, el cual obra en el informativo. (f. 99 a 101 archivo 01 y 23 a 25 archivo 03).

Acorde con lo anterior, y en punto de la apelación interpuesta por la parte actora sobre el tema, conviene recordar que en materia laboral sabido es que por mandato expreso del artículo 53 de nuestra Carta Política, aquellos derechos de carácter laboral que sean por su naturaleza ciertos e indiscutibles no podrán ser objeto de transacción, como quiera que son derechos de orden público e irrenunciables (art. 14 y 15 del C.S.T). Sin embargo, aquellos que no se enmarquen en el referido grupo, bien pueden ser conciliados o transados por las partes.

Siguiendo esa misma línea, encontramos que las transacciones que surjan dentro del proceso o por fuera de este, hacen tránsito a cosa juzgada, acorde con lo dispuesto en el artículo 2483 del C.C., ello en armonía con lo regulado en el artículo 312 del C.G.P. Adicionalmente, debe memorarse que la procedencia de la transacción conlleva al cumplimiento de unos requisitos y unas cargas probatorias, tal como lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral entre otros, en proveído SL253-2023, Radicación No. 88245 de 14 de febrero de 2023, en la que indicó:

> *"Es oportuno traer a colación lo señalado por esta corporación en providencia CSJ SL5032-2020, sobre el contrato de transacción:*
>
> *Sea lo primero señalar que el artículo 2469 del CC define la transacción como «un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual» y dispone que «no es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa».*
>
> *En dicho sentido, tal y como lo ha expuesto la Corte, la transacción es un mecanismo legítimo para precaver o finalizar un conflicto entre las partes, que hace tránsito a cosa juzgada y surte plenos efectos, la cual resulta válida, conforme se dijo en decisión AL3608-2017, cuando: i) exista un litigio pendiente o eventual (artículo 2469 CC), ii) no se trate de derechos ciertos e indiscutibles (artículo 15 CST), iii) la manifestación expresa de la voluntad de los contratantes esté exenta de vicios, y si se pacta mediante representante judicial, este debe estar facultado para transigir el litigio pendiente o eventual y, iv) que hayan concesiones mutuas o recíprocas.*
>
> *De ahí que, ese tipo de acuerdo es un mecanismo legítimo que se celebra con la finalidad de acabar un litigio o precaver uno futuro, cuyas características se sustentan en que las partes renuncian a los derechos en disputa y, en su lugar, ceden en sus aspiraciones, siendo, por lo tanto, un mecanismo alternativo de solución de conflictos, que hace tránsito a cosa*

juzgada y surte plenos efectos, siempre y cuando no esté afectada por algún vicio en el consentimiento, su objeto y causa sean lícitos, y no desconozca derechos mínimos, ciertos e indiscutibles.

Sobre los efectos de la transacción, la Sala de Casación Civil estableció que son: i) el cambio de una relación jurídica incierta, en otra que se caracteriza por la perfecta definición de los elementos que la conforman y de sus alcances, y ii) la terminación de un proceso judicial, o si no se ha dado el mismo, la imposibilidad de los contratantes, de llevar al órgano jurisdiccional su desacuerdo. En sentencia CSJ SC, 29 jun. 2007, rad. 6428, se estimó:

4. Pertinente es señalar, además, que en la transacción es dable distinguir un doble cometido y, por ende, que sus efectos se irradian también en dos sentidos o direcciones: por una parte, no hay duda que el referido negocio, recta vía, atañe al derecho sustancial de quienes lo celebran, pues como lo resaltó la Corte en la sentencia anteriormente reproducida, mediante él se muda o cambia una relación jurídica dudosa o incierta en otra, distinta o diversa, que se caracteriza por la perfecta definición de los elementos que la conforman y de sus alcances, desapareciendo así la controversia que, precisamente, mediante la transacción se deja solucionada; de otra parte, la aludida negociación jurídica abarca también la actividad litigiosa de sus partícipes, sea que entre ellos ya exista un proceso judicial o que aún no se haya dado inicio al mismo. En el primer supuesto, la transacción ocasionará la terminación de la correspondiente desavenencia, en la forma que regula el artículo 340 del Código de Procedimiento Civil; en el segundo, impedirá a los contratantes, en línea de principio, llevar al órgano jurisdiccional su desacuerdo.

Por otra parte, si ese acto o declaración de la voluntad no cumple con los requisitos ya referidos, esto es, que el consentimiento no esté afectado por algún vicio en el consentimiento, que su objeto y causa sean lícitos, que no desconozca derechos mínimos, ciertos e indiscutibles, y que se efectúen concesiones mutuas; se puede acudir ante el juez del trabajo a fin de restarle validez y, de este modo, enervar los efectos jurídicos que le son propios, pero no con el propósito de volver a examinar las controversias zanjadas por su propia voluntad, sino con el fin de que el juez laboral analice temas relativos a la validez -resalta la Sala-

Debe resaltarse que, en este caso, no se acreditó la existencia de algún vicio en el consentimiento del recurrente, que por demás no fue alegado, de tal forma, no se advierten razones para atacar la vigencia y validez de los acuerdos. En este sentido, la Corte en la sentencia que se viene citando, dijo:

El artículo 1502 del CC dispone que para que una persona se obligue con otra por acto o declaración de voluntad, requiere ser legalmente capaz; haber consentido en dicho acto mediando declaración que «no adolezca de vicio»; que el acto recaiga sobre un objeto lícito, y el mismo tenga causa lícita.

En complemento de dicha norma, el artículo 1508 ibidem dispone que el consentimiento puede afectarse por vicios, tales como la fuerza, el error, y el dolo, dado que aquél debe ser libre y espontáneo para constituir válidamente el convenio.

Según se desprende de lo esgrimido en la esfera casacional, la parte actora pretende invalidar los acuerdos suscritos, al afirmar que el consentimiento de los trabajadores demandantes se afectó por error; tal vicio consiste básicamente en una idea inexacta que se forma un contratante sobre uno de los elementos del contrato, como puede ser la naturaleza del acto, la identidad del objeto, su calidad o en la persona con la que se contrata, tal como lo prevén los artículos 1510 a 1512 del CC.

También debe recordarse que el error como elemento de afectación de la libre voluntad, al igual que la fuerza y el dolo, no se presumen, sino que deben demostrarse plenamente por la parte que aduce los padeció y una vez acreditados la nulidad del acto o acuerdo declarada en sentencia, en los precisos términos del inciso 1º del artículo 1746 del CC, le otorga a las partes el derecho para ser restituidas las cosas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo. -Se resalta". (Subrayado fuera de texto).

En esa medida, observa esta Colegiatura que en el Acuerdo Transaccional suscrito por las partes el 18 de junio de 2018, acordaron lo siguiente:

"HECHOS Y ANTECEDENTES

1. El día 2 de enero de 2013, los señores CRISTOBAL GUILLERMO ROMERO en calidad de representante legal de la sociedad AMERICAN VETERINARIA LTDA y el señor ALI ILDEFONSO LEMUS ABRIL, celebraron un CONTRATO DE SERVICIO DE TRASPORTE TERRESTRE.

2. La naturaleza del contrato referido en el numeral anteriores civil, en consecuencia se rige por lo dispuesto en el Código Civil Colombiano y no por lo dispuesto en el Código Laboral Colombiano, razón por la cual no hay lugar ni al pago ni a la reclamación de ningún derecho o prestación legal de tipo laboral entre las partes arriba enunciadas.

3. El señor ALI ILDEFONSO LEMUS ABRIL en virtud del contrato referido en el numeral primero del presente acuerdo, siempre presto el servicio de trasporte terrestre de manera independiente, sin horarios pre establecidos, sin subordinación alguna por parte de la sociedad AMERICAN VETERINARIA LTDA y por sus propios medios.

4. El servicio prestado por el señor ALI ILDEFONSO LEMUS ABRIL era cobrado a título de honorarios, mensualmente y a través de cuentas de cobro.

5. La relación existente entre AMERICAN VETERINARIA LTDA Y ALI ILDEFONSO LEMUS ABRIL nunca fue de tipo laboral, luego en el presente

caso no hay lugar al pago de ningún tipo de prestación legal, tales como cesantías, vacaciones, primas, salarios, indemnizaciones, etc.

6. Tal como se evidencia de lo estipulado en el texto literal del contrato de servicio de transporte terrestre de fecha 2 de enero de 2013, y en los contratos celebrados en fechas anteriores, los que fueron celebrados de mutuo acuerdo se firmó un contrato de tipo civil con los efectos jurídicos que de tales instrumentos se derivan.

7. El señor ALI ILDEFONSO LEMUS ABRIL dejó de prestar el servicio de transporte a AMERICAN VETERINARIA LTDA durante un término de aproximadamente seis (6) meses, por circunstancias personales, temas de salud.

No obstante AMERICAN VETERINARIA LTDA dentro de ese terminó le pagó al Señor ALI ILDEFONSO LEMUS ABRIL, por mera liberalidad la suma de CINCO MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS ($5.500.000.00) a fin de brindarle un apoyo mientras solucionaba el problema.

8. A la fecha AMERICAN VETERINARIA LTDA en aras de reconocer los honorarios que hayan podido quedar pendientes de pago al señor ALI ILDEFONSO LEMUS ABRIL, ofrece pagarle por mera liberalidad la suma de DOCE MILLONES CIENTO OCHENTA Y CINCO MIL PESOS M/CTE ($12.185.000.00).

9. Así las cosas, la suma total pagada por AMERICAN VETERINARIA LTDA al señor ALI ILDEFONSO LEMUS ABRIL es de DIEZ Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL PESOS M/CTE ($17.685.000.00). Pago que como se ha dicho será efectuado por mera liberalidad de la empresa.

ACUERDO TRANSACIONAL

En consecuencia, de lo anterior, el señor ALI ILDEFONSO LEMUS ABRIL declara aceptar la suma de DIEZ Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL PESOS M/CTE ($17.685.000.00) y en consecuencia, declara que respecto del contrato de servicio de transporte terrestre la sociedad AMERICAN VETERINARIA LTDA se encuentra a PAZ Y SALVO por todo concepto.

Las partes declaran que el incumplimiento del presente contrato de transacción presta mérito ejecutivo en los términos del artículo 488 del C.P.C.

En consecuencia de todo lo anterior, las partes arriba citadas con fundamento en la autonomía de la voluntad y a efectos de precaver algún eventual litigio, conforme a lo que les permite el artículo 2469 del Código Civil, celebran el presente contrato de transacción, que genera derechos y obligaciones recíprocos, con efectos de cosa juzgada.

En prueba de conformidad, las partes firman el presente documento por duplicado, quedando un ejemplar original en poder de cada parte contratante." (f. 99 a 101 archivo 01 y f. 23 a 25 archivo 03).

Adicionalmente, en el curso del trámite procesal se recepcionó el interrogatorio de parte al representante legal de la encartada, señor CRISTOBAL GUILLERMO ROMERO quien manifestó que el gestor fue contratado a través de un contrato de civil de prestación de servicios para entrega de mercancías a los clientes de la accionada en Bogotá y los municipios aledaños, con vehículos de la empresa que son conducidos por trabajadores o, por personas contratadas por prestación de servicios, por lo cual se le reconocían unos honorarios previo a que radicara cuenta de cobro.

Seguidamente, señaló que el actor era una persona independiente y que ya estaba pensionado, por lo que pagaba su seguridad social de manera autónoma, además, adujo que dependiendo de la necesidad se le asignaban entregas, pero que no cumplía un horario y que se manejan unas planillas de entrega.

Sobre el contrato de transacción que suscribió la pasiva con el promotor el 18 de junio de 2018, refirió que fue por acuerdo de las partes y según arreglo económico, el cual firmó el actor sin presión alguna, de manera autónoma y estando en plena capacidad, enfatizando que a razón de ello la demandada pagó lo acordado.

De otra parte, aseveró que el actor venía realizando actividades al servicio de la pasiva según contrato que data de 2005, cuando se ofreció a colaborarles por la amistad que los unía, por lo que acordaron que sería en el área de entregas, y que para el momento en que el demandante inicio ya estaba pensionado, por ende, celebraron un contrato civil, destacando que por temas de salud el promotor permaneció varios meses fuera de la empresa, sin que tuviese inconveniente alguno a razón del tipo de contrato pactado, por lo que la empresa cubría las ausencias a través de otras personas.

Igualmente, refirió que podía tomar vacaciones cuando quisiera, y que lo único que se le pedían era que informara con antelación para evitar inconvenientes

con los procesos, señalando que prestó servicios hasta por los menos unos dos o tres meses antes de acordarse la transacción, además aclaró que para el cobro debía de honorarios debía tener parafiscales al día y el pago era sobre una suma fija acordada en el contrato civil.

MAGDA LILIANA PUERTO PAEZ en su declaración informó ser la directora financiera de la demandada desde el año 2000 y que conocía al actor desde 2005 porque había pactado un contrato de servicios de transporte civil con la demandada, añadiendo que realizaba entrega de mercancías en un vehículo de propiedad de la empresa y que podía recibir cheques de parte de los clientes cuando se le pedía el favor; además narró que a razón de ese contrato se pactaron honorarios y que para recibirlos debía acreditar el pago de aportes a seguridad social, lo cual efectuaba como independiente y en calidad de pensionado, enfatizando que el último contrato pactado fue en 2013, pero no recuerda hasta cuando prestó sus servicios.

De otro lado, señaló que la empresa le entregó una suma de dinero con ocasión de un acuerdo transaccional que suscribieron, pero que no estuvo presente cuando el mismo se pactó, aunado a que el actor nunca elevó reclamación alguna y que no conoció que tuviera alguna limitación o que dependiera de terceros para tomar decisiones, aseverando que daba fe que al demandante no se le impartían ordenes, ni se le imponían horarios, que lo que se hacía era coordinar las entregas con el director logístico de la empresa.

Entre tanto, JEISSON TRIANA PAEZ en su declaración manifestó que labora para la convocada a juicio como Director Logístico, y que el demandante inició A prestar servicios de transporte y entregas de bilógicos en un vehículo de la empresa en el año 2005, y que en caso de no poder cumplir las entregas si bien se generaban inconvenientes para la empresa, no sucedía lo mismo para el actor, es decir, no había algún perjuicio económico y que tales servicios los dejó de prestar a mediados de 2016 o 2017, por temas de salud del actor y personales.

Informó que había efectuado un acuerdo con la pasiva y que por esa razón se le entregó un dinero. Además, arguyó que durante el desarrollo de la relación

contractual en varias ocasiones no se presentó a la empresa por temas de salud o personales y que esa situación persistió aún más en el último año de servicios. Asimismo, indicó que no le consta que el actor tuviese alguna limitación que le impidiera tomar sus propias decisiones o dependiera de terceros para suscribir documentos, reiterando que estuvo presente el día que el actor suscribió la transacción, por la cual recibió $17.000.000.

Igualmente, yacen en el expediente Contratos de Servicios de Transporte Terrestre suscritos entre el actor y la encartada el 30 de diciembre de 2005 y el 2 de enero de 2013, que tienen como objeto como su título lo indica, la prestación de servicios de transporte terrestre en vehículo suministrado por el contratista para ser destinado en la entrega de productos biológicos y demás productos que se comercializa la compañía; además, se allega copia dos cheques a nombre del actor, fechados el 18 y el 25 de junio de 2018 que dan cuenta del pago de la suma pactada entre las partes en el acuerdo transaccional. (f. 19 a 22 archivo 03).

Acorde con lo expuesto, advierte la Sala que el demandante busca la nulidad de la precitada transacción y en su lugar se declare la existencia de un contrato realidad, sin que se precise los extremos del vínculo que reclama.

Sin embargo, del acervo probatorio se puede colegir que las partes suscribieron dos contratos de Servicios de Transporte Terrestre, esto es, el 30 de diciembre de 2005 y el 2 de enero de 2013, en los que el gestor se comprometía a realizar entregas de los productos que ofrecía la pasiva a sus clientes en una determinada zona; el cual cumplió según viene de verse, de manera autónoma, pues nótese que los testigos adujeron que no recibía órdenes ni cumplía horario y que en caso de no poder efectuar las entregas, la encartada solucionaba lo pertinente, sin que ello le generara algún tipo de sanción.

A su vez, se pudo establecer que esa prestación de servicios se mantuvo por lo menos hasta el año 2017, como lo dedujo el Juez de instancia, y más exactamente hasta el 31 de diciembre de ese año, pues así se colige del documento que obra a folios 102 a 103 del archivo 01, que fue aportado con la

demanda, en el que según su redacción en primera persona, da a entender que proviene del actor, en el que indica esa calenda como la fecha del retiro, lo que se acompasa con lo expuesto por el representante legal de la demandada en el interrogatorio de parte y el testigo JEISSON TRIANA PAEZ, sin que además, tal tópico fuera objeto de reproche de parte de la impugnante, esto es, frente a que la relación se mantuvo desde 2005 a 2017, como lo sostuvo el *a quo*.

De esa forma, y a efectos de zanjar cualquier tipo de discusión sobre esa relación jurídica, se dio el pluricitado acuerdo de transacción de 18 de junio de 2018, en el que las partes reiteraron que esa vinculación contractual era de tracto civil y no laboral, por lo que no había lugar a ningún tipo de erogación de esa estirpe, empero, por mera liberalidad le reconoció una suma de dinero por cualquier deuda que pudiese surgir de esa relación. Y es que si bien en inicio solo se hace alusión al contrato de pactaron en 2013, no se puede pasar por alto que en el numeral sexto de los hechos que sustentan el acuerdo de voluntades, también se enfatiza que los contratos celebrados anteriormente lo eran de naturaleza civil, entendiéndose con ello, que se estaba incluyendo el contrato de 2005.

Puestas así las cosas, no se puede inferir afectación alguna en el consentimiento del demandante, tal como lo indicó el *a quo*, dado que no se evidenció alguna coacción por parte de la demandada para que firmara el documento en cuestión; luego, los vicios del consentimiento que alegó tales como el error, la fuerza o el dolo, quedaron huérfanos de sustento probatorio, pues demandante y demandada fueron reiterativos en señalar que la relación no fue laboral, siendo claro que ni siquiera se estaba debatiendo que el contrato desde el inicio haya sido de índole laboral, ya que siempre se precisó que se trataba de un contrato de servicios de transporte terrestre.

En virtud de lo anterior, la transacción da cuenta de la libre autodeterminación del actor, y que este puedo entender y medir las consecuencias que le conllevaría la suscripción del documento, de ahí, que sea ilógico inferir que ni siquiera haya constatado el contenido del escrito por medio del cual se reiteraba que los contratos que habían pactado las partes, incluso desde antes

de 2013, eran de naturaleza civil y no laboral, motivo por el que tampoco se estaban desconociendo derechos mínimos e irrenunciables.

En ese estado de cosas, concluye este Juez Colegiado que no se acreditó el vicio en el consentimiento del promotor en la suscripción del pluricitado acuerdo de transacción, lo que impone confirmar la decisión del fallador de instancia en tal sentido. En consecuencia, no es posible analizar lo atinente a la existencia de la relación laboral que se depreca por activa, en consonancia con el problema jurídico plantado.

Para concluir, si en gracia de discusión se hubiese determinado lo contrario, no puede soslayarse que, en el presente asunto, operó el fenómeno prescriptivo, pues si se tuviese en cuenta que el vinculó contractual feneció el 31 de diciembre de 2017, el termino para impetrar la acción reclamando derechos laborales, al tenor de lo normado en los artículos 488 del CST y 151 del CPT y de la SS, feneció el mismo día y mes de 2020, ello en consonancia con lo dispuesto en sentencia SL19830-2017.

Ahora, si se tomara la calenda en que se suscribió la transacción, es decir, el 18 de junio de 2018, el término para demandar finalizaba el 18 de junio de 2021, y la acción fue interpuesta el 23 de junio de 2021 (Fl. 1 a 4 archivo 01). Sin que sean de recibo los soportes que allega la activa con posterioridad a la concesión del recurso de apelación que interpuso contra la sentencia de primer grado para controvertir esa situación, en tanto, no fueron aportados en la oportunidad procesal pertinente.

Como corolario de lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia. **COSTAS** en esta instancia a cargo del actor.

V. 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 de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida por el 23 de noviembre de 2022 por el Juzgado Treinta y Ocho 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 del demandante y a favor la demandada. Fíjense como valor de agencias en derecho la suma de $500.000, 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

JOSE 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 **38 2021 00466 01**
Demandante:	JUAN CARLOS ROJAS IRAGORRI
Demandados:	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada MAYRA ALEJANDRA BOHADA ROJAS, identificada con cédula de ciudadanía 1.093.783.369 y T.P. 321.634 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

Igualmente, se reconocer personería para actuar en representación de PORVENIR S.A. a la abogada CAMILA SOLER SÁNCHEZ, identificada con cédula de ciudadanía 1.014.290.875 y T.P. 352.159 del C. S. de la Judicatura.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el 19 de mayo de 2023 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JUAN CARLOS ROJAS IRAGORRI promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin que se declare la ineficacia

de la afiliación que efectuó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A. el 1º de febrero de 2007.

Como consecuencia de tal declaración, pretende se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del ahorro, bonos, frutos e intereses que se encuentran en su cuenta individual de ahorros, a su vez, se ordene a COLPENSIONES aceptar el traslado y lo afilie en el régimen que administra y reciba del fondo privado los emolumentos antes referidos.

En caso de no prosperar las anteriores pretensiones, solicita se condena a PORVENIR S.A a pagar la indemnización por los daños y perjuicios causados al trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad omitiendo información trascedente para tomar una decisión consentida. Finalmente, solicita se condene a las demandadas a pagar las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que se afilió al régimen de prima media con prestación definida desde enero de 1985 en donde permaneció hasta marzo de 2007, calenda en la que asesores del HORIZONTE hoy PORVENIR arribaron a la empresa donde laboraba para que se trasladara al régimen de ahorro individual, por lo que el 1º de febrero de 2007 firmó el formulario de vinculación con ese fondo.

Añadió que durante su vinculación al fondo privado, y antes de cumplir 52 años no fue informado suficiente, veraz e idóneamente sobre las características de los dos regímenes pensionales, además no recibió información por parte del fondo privado sobre las características, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Seguidamente, adujo que el 8 de julio de 2021 solicitó una simulación pensional a PORVENIR S.A., la cual llevó a cabo el 3 de agosto de 2021. En esa medida, el 8 de julio de 2021 solicitó a COLPENSIONES declarara la ineficacia de la afiliación por existir engaño y omisión de información por parte del fondo privado, con el fin de agotar la reclamación administrativa, pedimento que fue

denegado por la entidad arguyendo que se encontraba a menos de diez años para pensionarse (f. 2 a 11 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones, manifestando que la afiliación de la actora al régimen de ahorro individual se realizó con plena voluntad de la cotizante, quien por decisión propia solicitó suscribir el formulario de afiliación al fondo privado, cumpliendo con los requisitos establecidos por la Sentencia C-1024 de 2004, y la sentencia C-789 de 2002, basadas en el artículo 2 de Ley 797 de 2003 que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que establece la posibilidad de traslado de aportes pensionales entre regímenes, prohibición de traslado en la que actualmente se encuentra inmerso.

Propuso las excepciones de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373 de 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 (archivo 08).

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, señalando que el traslado a ese fondo goza de completa validez, dado que no se aporta prueba alguna que permita inferir que el traslado de régimen pensional se dio bajo algún vicio del consentimiento, que dé lugar a su nulidad. Además, refirió que al momento del traslado horizontal le informó al demandante, entre otras cosas, sobre el régimen de transición, que el monto de su pensión dependería del capital aportado en su cuenta individual, que podría realizar aportes voluntarios; que tendría derecho a bono pensional si había aportado 150 semanas dentro de los tres años anteriores al traslado de régimen pensional, y que su vinculación a ese régimen era completamente voluntaria.

Formuló como medios exceptivos el 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 (archivo 09).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 19 de mayo de 2023, absolvió a la demandada de las pretensiones elevadas en su contra y condenó en costas al demandante.

Para arribar a dicha conclusión el operador de instancia indicó que, en el plenario yace el formulario de afiliación con el que el gestor se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad el 1º de febrero de 2007 a través de HORIZONTE, en el que aparece consignada la firma del actor en su doble condición de trabajador y empleador, en el cual avala la información suministrada en el documento. Además, señaló el fallador de instancia que el actor en el interrogatorio de parte acepto que no interactuó con ningún asesor del fondo privado al momento del traslado de régimen y que el área administrativa de la empresa que representa éste fue la que indicó la conveniencia del traslado.

De cara a lo anterior, adujo el fallador de instancia que el artículo 112 de la Ley 100 de 1993 establece que las personas que cumplan los requisitos para ser afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad no pueden ser rechazadas por las entidades administradoras del mismo, por lo que solo es posible rechazar a las personas que señala el artículo 61 del mismo compendio normativo, ello en consonancia con el artículo 13 de la misma norma.

De esa forma, adujo que al no encontrarse el actor en ninguna de esas prohibiciones le era posible afiliarse al fondo privado, previo el cumplimiento del diligenciamiento del respectivo formulario con el que se acredita la manifestación de voluntad, sin que las normas que regulan la materia contemplaran la interacción con un asesor del fondo de pensiones del régimen de ahorro individual, o que fuera necesario que participara en el diligenciamiento del documento.

Lo anterior, como quiera que, si bien en sentencia SL2929 de 2022 destaca la viabilidad de declarar la ineficacia del traslado ante la falta de información, ese incumplimiento no se puede alegar cuando el fondo privado no fue convocado al proceso de afiliación, decisión que el demandante delegó en calidad de

representante legal de la empresa. Reseñando que la ineficacia procede cuando interviene el asesor del fondo privado, lo cual no aconteció en el caso en comento, luego el caso del actor no se encuentra dentro de los criterios jurisprudenciales emanados por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, reiterando que en el presente caso el gestor no concurrió a la AFP a averiguar sobre su situación pensional.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la demandante la apeló. En su alzada expuso que, si bien en el momento de la afiliación no estaba presente un asesor comercial del fondo de pensiones, lo cierto es, que la jurisprudencia del órgano de cierre de esta especialidad ha señalado que la debida asesoría no solo debe ser en el momento de la vinculación sino también durante todo el tiempo de permanencia en el fondo privado.

Lo anterior, como quiera que no se le informó que tenía hasta una determinado fecha para trasladarse y poder verificar si le convenía trasladarse, dejando de lado el deber de buen consejo del que habla la jurisprudencia, además omitió al momento del traslado brindar una información completa, veraz y suficiente, la cual debió darse por medio del asesor o de la entidad, situación que desencadenó en el traslado de régimen debido al incumplimiento deber de información conforme lo normado en los Decretos 663 de 1993 y 656 de 1994, los que dan cuenta que las administradoras si tenían la obligación de brindar la información pertinente, sin que en nada influya el hecho de que no haya estado presente el asesor del fondo privado, pues el hecho fue que no se le explicaron las consecuencias jurídicas del traslado, lo cual no se prueba con el formulario de afiliación, dado que la carga de la prueba está en cabeza del fondo privado, la que no se cumplió en el *sub examine*.

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 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 al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 1º de febrero 5 de 2007, vinculación que se hizo efectiva el 1º de abril del 2007, según el reporte SIAFP. (f. 38 y 68 archivo 09), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la 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".*

De otra parte, el demandante JUAN CARLOS ROJAS IRAGORRI en el interrogatorio que depuso, informó que el área administrativa de la empresa en la que labora decidió que era mejor el traslado por cuanto el ISS atravesaba una crisis económica. Dijo no recordar si al momento en que suscribió el formulario de afiliación se encontraba un asesor presente, empero, fue enfático en señalar que no se le brindó ningún tipo de información y que solo se hizo el trámite de suscripción, decisión que tomo basado en que era más estable a efectos de conseguir una pensión el fondo privado.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. al momento del traslado del demandante, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia es evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual 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	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

	Circular Externa No. 016 de 2016	

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 2007, 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 no le asiste razón al fallador de instancia al haber denegado las pretensiones referentes a la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional, dado que la AFP no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado, arguyendo que al no haber estado presente el asesor del fondo al momento del traslado no podía recaer en cabeza de este el cumplimiento del deber de información, pues contrario a lo aducido por el *a quo*, es diáfano que desde el nacimiento de los fondos privados ha existido tal deber como viene de verse, de ahí, que no solo se trata de suministrar formularios de afiliación, sino que el fondo debe garantizar que se suministró al potencial afiliado la información necesaria que le permita tomar la decisión de traslado de régimen, lo que compele a la revocatoria de la sentencia de primer grado.

En virtud de lo anterior, conviene precisar que la ineficacia del traslado con lleva la devolución de los gastos de administración, según ha dicho la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, en la que expuso:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

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

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

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

En este punto, se hace necesario mencionar que no existe vulneración al principio de sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado, según lo reseñado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, en la que dijo 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 dejo 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 financiara, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas de la 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.

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 SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

> *"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).*
>
> *"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.*

Así las cosas, se revocará en su integridad la sentencia de primera instancia y se ordenará a la demandada PORVENIR S.A. antes HORIZONTE, que transfiera

todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con las sumas correspondientes a rendimientos y comisiones por administración debidamente indexados a COLPENSIONES. Igualmente, la citada AFP deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, indexados y con cargo a sus propios recursos, conceptos que deberá discriminados al momento de la devolución.

SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia a cargo de las demandadas.

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 la sentencia proferida el 19 de mayo de 2023 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, por los motivos expuestos en la parte considerativa de esa providencia.

SEGUNDO: DECLARAR ineficaz el traslado de régimen que realizó el demandante el 1º de febrero de 2007 al fondo de pensiones HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy PORVENIR S.A., por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada PORVENIR S.A. antes HORIZONTE, a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con las sumas correspondientes a rendimientos y comisiones por administración debidamente indexados a COLPENSIONES. La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión

mínima, indexados y con cargo a sus propios recursos, conceptos que deberá discriminar al momento de la devolución.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones demérito formuladas por pasiva.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

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 **38 2022 00001 01**
Demandante:	MARIA ESPERANZA MATEUS ROBAYO
Demandados:	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de PORVENIR S.A. a la abogada NEDY JOHANA DALOS PICO, identificada con cédula de ciudadanía 1.019.135.990 y T.P. 373.640 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

Igualmente, se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES al abogado MAYRA ALEJANDRA BOHADA ROJAS, identificada con cédula de ciudadanía 1.093.783.369 y T.P. 321.634 del C. S. de la Judicatura.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES en contra de la sentencia proferida por el 18 de mayo de 2023 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MARIA ESPERANZA MATEUS ROBAYO promovió demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin de declararse la ineficacia del traslado que efectuó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, junto con los demás traslados horizontales que se pudieron llevar a cabo y además se declare que siempre estuvo válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES el monto total de su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos, intereses y demás frutos generados, además de los gastos de administración y demás rubros que hubiese recibido a título de cotizaciones, se condena a lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita* y las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que efectuó cotizaciones para los riesgos de invalidez, vejez y muerte en el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES y a partir de enero de 1995, fue trasladada sin formación libre del consentimiento desde el régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de PORVENIR S.A., entidad a la cual continúa cotizando.

Destacó que el 24 de noviembre de 2021 elevó petición al fondo privado solicitando la documentación relativa su traslado, sin que haya recibido respuesta al respecto. A su vez, en esa misma calenda solicitó a COLPENSIONES, tener por nulo el traslado de régimen pensional que efectuó, pedimento que fue denegado por la entidad.

Relató que su traslado de régimen no se realizó en debida forma, dado que no le suministró información completa, clara y fehaciente respecto de las consecuencias legales y económicas que tendría el cambio de régimen

pensional, no realizaron proyecciones sobre su mesada pensional en ambos regímenes. Agregando que su mesada en el régimen de prima media sería superior al que obtendría en el régimen de ahorro individual, por tanto, el traslado al fondo privado no cumplió con los requisitos previstos para ello, ya que no fue libre y espontáneo. (f. 3 a 12 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones, manifestando que la afiliación de la actora al régimen de ahorro individual se realizó con plena voluntad de la cotizante, quien por decisión propia solicitó suscribir el formulario de afiliación al fondo privado, cumpliendo con los requisitos establecidos por la Sentencia C-1024 de 2004, y la sentencia C-789 de 2002, basadas en el artículo 2 de Ley 797 de 2003 que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que establece la posibilidad de traslado de aportes pensionales entre regímenes, prohibición de traslado en la que actualmente se encuentra inmersa.

Propuso las excepciones de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373 de 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. (archivo 09).

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, arguyendo que el traslado a ese fondo goza de completa validez, dado que se informó a la demandante acerca de las características que componían el RAIS y el RPMPD, para que este tomara una decisión libre y voluntaria acerca del traslado efectuado.

Formuló como medios exceptivos el 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. (archivo 11).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 18 de mayo de 2023, dispuso:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación verificada por la señora MARÍA ESPERANZA MATEUS ROBAYO con destino a la A.F.P. PORVENIR S.A. con ocasión de la suscripción del formulario de afiliación el 05 de diciembre de 1994. Lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.*
>
> *SEGUNDO: ORDENAR a COLPENSIONES y a la A.F.P. PORVENIR S.A., que conjunta y coordinadamente adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a activar a la demandante en condición de afiliada en el Régimen de Prima Media con Presión Definida administrado por COLPENSIONES, y a trasladar al mismo régimen, los recursos percibidos por cuenta de la demandante en el RAIS, durante el tiempo en que permaneció irregularmente vinculada a este régimen, debiendo transferirse los respectivos recursos debidamente indexados, tomando para el efecto el IPC, que certifique el DANE de acuerdo con la fórmula:*
>
> *ÍNDICE FINAL x VALOR HISTÓRICO = VALOR INDEXADO (Valor mensualmente*
> *ÍNDICE INICIAL percibido en el régimen de ahorro individual)*
>
> *Así deberá tomarse como índice inicial el del mes en que se verifico el giro de recursos correspondiente y como índice final el del momento que se efectué el traslado de los mismos con destino al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.*
>
> *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 pago correspondiente, se podrá hacer tomando para el efecto el importe de sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante y en caso de ser insuficientes, se pagaran con los recursos propios con de la A.F.P. PORVENIR S.A., sin lugar a descuento de naturaleza alguna. Lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.*
>
> *Cabe anotar que de subsistir saldos en la cuenta de ahorro luego de estos procedimientos, deberán ser girados con destino al fondo de solidaridad pensional, por lo anotado en la parte motiva de la presente sentencia.*
>
> *TERCERO: EXCEPCIONES. Dadas las resultas del juicio, el Despacho declara no probadas las propuestas, frente a las determinaciones adoptadas.*
>
> *CUARTO: COSTAS. Lo serán a cargo de la demandada AFP PORVENIR S.A. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de $1.000.000, en favor de la demandante. Sin costas a cargo de COLPENSIONES.*
>
> *QUINTO: 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 adoctrinado 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 la 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.
En consecuencia, declaró la ineficacia del traslado y la consecuente devolución de los emolumentos producto de la afiliación a ese régimen y demás actuaciones administrativas que se deban surtir para el efecto.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. la apeló. En su alzada expuso que la actora se trasladó en 1994 con el cumplimiento de los requisitos establecidos para ese momento, ya que previamente se le ilustro sobre las consecuencias y condiciones relevantes de los regímenes pensionales, añadiendo que no cuenta con documento diferente al formulario de afiliación para probar tal aspecto, poniendo de presente que la motivación de la actora para trasladarse es de índole económica.

Asimismo, solicita que en caso de mantenerse la declaratoria de ineficacia del traslado, se revoque lo referente a la indexación del numeral segundo, dado que al devolver los portes, rendimientos e intereses se estarían aumentando tales emolumentos, los que de haber permanecido en el régimen de prima media se le habrían descontado.

COLPENSIONES en su impugnación, sostuvo que no es procedente la ineficacia del traslado de régimen que se declaró, ya que no se tuvo en cuenta la buena fe de los fondos frente a la afirmación de la gestora de que no se le suministró una debida información al trasladarse, luego, no puede beneficiarse de su propia culpa después de tanto tiempo, aunado a que faltó a los deberes que

como consumidora financiera le incumben, quedando claro que aceptó permanecer en el régimen de ahorro individual.

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 persuadida 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 efectuara la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la PORVENIR S.A. el 5 de diciembre de 1994, vinculación que se hizo efectiva el 1º de enero del 1995, según el reporte SIAFP. (f. 117 y 124 archivo 11), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la 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 demandante MARIA ESPERANZA MATEUS ROBAYO en el interrogatorio que depuso, informó que asesores de PORVENIR S.A. arribaron a su lugar de trabajo en donde llevaron a cabo una reunión grupal que duró aproximadamente veinte minutos, en la que les dijeron que el ISS sería liquidado, sin que le dieran más información.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación

la única prueba relevante que advierta una información de PORVENIR S.A. al momento del traslado de la demandante, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia es evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual 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 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 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 de la promotora.

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, 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, 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 dejo 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 financiara, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas de la 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.

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 SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

> *"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).*
>
> *"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.*

Así las cosas, si bien le asiste la razón al fallador de instancia al declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora, es necesario adicionar y modificar la sentencia de primer grado, a fin de precisar los emolumentos que debe retornar PORVENIR S.A. a COLPENSIONES, los que corresponden a los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus respectivos intereses, rendimientos y bonos

pensionales a que haya lugar. Igualmente, debe devolver los gastos de administración, y los dineros descontados por seguros previsionales y pensión de garantía mínima, debiendo indexarse estos tres últimos conceptos al momento de su devolución.

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

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 Y MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 18 de mayo de 2023 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá. En el sentido precisar que CONDENA a la demandada PORVENIR S.A. a transferir a COLPENSIONES todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a las sumas correspondientes a rendimientos y comisiones por administración indexados. Igualmente, la citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

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

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

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

cada una 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

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 **39 2022 00342 01**
Demandante:	GINETH GUEVARA MARROQUIN
Demandados:	COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio 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 conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 23 de mayo de 2023 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora GINETH GUEVARA MARROQUIN promovió demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., a fin que se declare la ineficacia de

la vinculación que realizó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A., se ordene su traslado al régimen de la prima media con prestación definida, junto con los aportes y gastos de administración que le fueron descontados.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se ordene a PROTECCIÓN S.A. el retorno al régimen de la prima media con prestación definida y a COLPENSIONES la acepte sin solución de continuidad. Además, se condene al fondo privado a devolver a COLPENSIONES S.A. los aportes y los gastos de administración que le descontó, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita* y las costas y agencias en derecho formuladas.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que ha prestado sus servicios en diferentes empresas privadas y públicas desde diciembre de 1979, por lo que estuvo vinculada al régimen de prima media con prestación definida por medio del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES, y el 1º de mayo de 2001 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A.

Seguidamente, expuso que los asesores de SANTANDER no le informaron sobre las diferencias entre uno y otro régimen pensional, los beneficios, ventajas o desventajas que ofrecían y los riegos que conllevaría el traslado, enfatizando que nunca manifestó por escrito su intención de trasladarse de régimen pensional, ni se le realizó una simulación del valor de su mesada en ambos regímenes, como tampoco fue informada sobre la posibilidad de retornar al régimen de prima media, lo que lesiona ostensiblemente sus derechos a la libre escogencia, calidad de vida y mínimo vital.

De otro lado, refirió que se encuentra afiliada actualmente a PROTECCIÓN S.A. y que el 11 de marzo de 2022 solicitó a COLPENSIONES la afiliara al régimen que administra y a PROTECCIÓN S.A. la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual y la consecuente desafiliación a ese fondo. (f. 1 a 18 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES al contestar la demanda se opuso a las pretensiones elevadas en el *petitum*, arguyendo que no obra prueba alguna en el plenario que permita inferir que el fondo privado hizo incurrir en error a la demandante, o que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento, tampoco ésta haya presentado inconformidad sobre su traslado de régimen, por el contrario, de las documentales que obran en el expediente se advierte que el traslado se encuentra sujeto a derecho y que se realizó de manera libre y voluntaria, sin observaciones sobre presiones indebidas, igualmente adujo que la actora se encuentra inmersa en la prohibición de traslado de régimen de que trata el artículo 2 de la ley 797 de 2003.

Formuló como medios exceptivos los que denominó como 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, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES por ser tercero de buena fe, no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (f. 2 a 44 archivo 07).

PROTECCIÓN S.A. se opuso a todas pretensiones presentadas en su contra, arguyendo que, se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, lo cual consta en el formulario de afiliación que suscribió la actora, acto que se realizó de manera libre y espontánea, el cual es un verdadero contrato entre las partes y en virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza del Fondo y del afiliado, por lo que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar.

Formuló como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, la 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 o ineficacia de la afiliación por falta de causa, y la de inexistencia de la

obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe. (f. 3 a 32 archivo 08).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 23 de mayo de 2023, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo la señora GINETH GUEVARA MARROQUIN del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través del formulario que suscribió con SANTANDER el día 23 de marzo del 2001 es ineficaz y, por ende, no produjo efecto alguno por lo que se deberá entender que la demandante jamás se separó el régimen de prima media.*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A a que transfiera a COLPENSIONES todas las sumas de dinero obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante con sus rendimientos, bonos pensionales si se han redimido, así como los gastos o comisiones de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, estos últimos tres conceptos debidamente indexados al momento de cumplir el fallo.*
>
> *TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES que reciba los dineros que los que habla el numeral segundo y reactive la afiliación de la demandante sin solución de continuidad.*
>
> *CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones presentadas por las demandadas.*
>
> *QUINTO: INFORMAR a COLPENSIONES que puede acudir a las acciones judiciales para obtener el resarcimiento de los eventuales perjuicios que pueda causar esta ineficacia y en contra de PROTECCIÓN S.A.*
>
> *SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a PROTECCIÓN S.A dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de $1.160.000.*
>
> *SEPTIMO: CONCÉDASE el grado jurisdiccional de consulta la presente sentencia por resultar órdenes a cargo de COLPENSIONES."*

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* indicó que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establece la posibilidad de elección de uno de los dos regímenes pensionales, siendo libre y voluntaria la afiliación a los mismos. Además, los artículos 271 y 272 ibidem, consagran las sanciones y efectos al quebrantamiento a dicha elección.

De otro lado, señaló que lo adoctrinada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, refiere a que la decisión de elección de régimen debe ser libre y voluntaria, por lo que debe existir un consentimiento informado o una libertad informada, lo cual se da cuando se indican las características, beneficios, condiciones y diferencias de uno y otro régimen, y las consecuencias que implica el traslado, además los fondos deben tener en cuenta todos los aspectos que influyen en la adquisición del derecho pensional y explicar al posible afiliado como si se tratara de uno lego.

En lo que atañe a la carga de la prueba dijo que corresponde a la administradora de pensiones demandada, demostrar una debida asesoría o información a sus potenciales afiliados ya que son quienes tienen la información, además cuando se realiza una negación indefinida según el artículo 167 del C.G.P., se invierte la carga de la prueba.

Concluyendo que, en el *sub examine* no se probó el cumplimiento de dicho deber de información, lo cual no se prueba únicamente con el formulario de afiliación, además del interrogatorio de parte de la actora no se extrae confesión sobre el cumplimiento de ese deber, pues no se advierte que se le haya informado sobre características generales de los regímenes pensionales.

Declarando así, la ineficacia del traslado de régimen de la actora y la consecuente devolución a COLPENSIONES por parte de PROTECCION todos los emolumentos producto de la ineficacia del traslado. Declaró no probada la excepción de prescripción, indicando que COLPENSIONES quedaba en libertad de demandar los perjuicios ocasionados, y condenó en costas a PROTECCIÓN.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Al respecto, expuso que la actora no cumple los requisitos para trasladarse de régimen pensional de acuerdo con los presupuestos legales y jurisprudenciales, dado que no se acreditó que haya existido algún tipo de engaño por parte del fondo privado que de paso a declarar la ineficacia del traslado, ya que en las oportunidades legales la gestora nunca manifestó inconformidad sobre la afiliación que llevó a cabo al RAIS, por

lo que debe asumir las consecuencias de tal decisión, que no son otras que regirse por las normas y requisitos establecidos para el régimen de ahorro individual.

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 persuadida 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, o si se trasladó de manera horizontal, o si se está a menos de diez años para la edad de pensión, pues son hechos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido, contrario a los sostenido por las apelantes.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuó la actora al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A el 23 de marzo de 2001, vinculación que se hizo efectiva a partir del 1º de mayo de esa misma anualidad, como se aprecia de la comunicación emitida por la demandada el 5 de abril de 2022. (f. 41 archivo 08 y f. 28 a 29 archivo 01). Formulario de afiliación que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acredita que en efecto se haya suministrado la 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".*

De otro lado, la demandante GINETH GUEVARA MARROQUIN, no confesó haber recibido de parte de la AFP, la información requerida para decidir de manera libre sobre el traslado de régimen pensional; ello por cuanto narró que a su lugar de trabajo se acercó la asesora de la AFP quien refería que el ISS sería liquidado, aunado a que no le explicó a profundidad sobre los regímenes pensionales. Igualmente, sostuvo que recibió de manera voluntaria a la asesora y que verificó que sus datos estuvieran correctos en el formulario, pero no le indicó que pasaría con los aportes que había realizado con anterioridad.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna de parte de la gestora sobre el pleno suministro de una debida información, luego, no obra prueba alguna que advierta una debida información de PROTECCIÓN S.A. al momento del traslado del demandante, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, siendo evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo que 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 2001, 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 no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen, contrario a lo aducido por la apelante.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración cumple memorar 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 COLFONDOSS.A. Deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales".*

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

Respecto a la posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado, se hace imperioso traer a colación lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, en la que indicó 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 dejo 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 la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

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

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 SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

> *"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).*
>
> *"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.*

De ese modo, luce acertada la decisión de la *a quo*. Corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente.

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 Nueve Laboral del Circuito de Bogotá el 23 de mayo de 2023, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente. 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

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

Proceso Sumario:	110012205000 **2023 00541 01**
Demandante:	JOSÉ REINALDO LOPEZ
Demandado:	CAPITAL SALUD EPS-S S.A.S.
Magistrado Ponente:	**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por CAPITAL SALUD EPS-S S.A.S., en contra de la sentencia proferida el 17 de noviembre de 2022 por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD.

I. ANTECEDENTES:

1.1 DEMANDA:

El señor JOSÉ REINALDO LOPEZ actuando en nombre propio promovió demanda en contra de CAPITAL SALUD EPS-S S.A.S., a fin de que sea condenada a reconocer y pagar de los gastos en que incurrió a razón de los procedimientos quirúrgicos a los que debió ser sometido, denominados trabeculoplastia asistida, extracción extracapsular asistida de cristalino, inserción de lente intraocular en cámara posterior sobre restos capsulares y exámenes prequirúrgicos, por valor de $4.062.755.

En respaldo de sus aspiraciones, indicó que tiene 54 años y se encuentra afiliado en el sistema de seguridad social en salud del régimen subsidiado; a través de

CAPITAL EPS-S S.A.S., la cual le presta servicios médicos asistenciales. Añadió que fue diagnosticado con "*glaucoma primario de ángulo abierto - ceguera ojo izquierdo y visión subnormal ojo derecho - síndrome de ojo seco (Sjögren)",* de los cuales tiene conocimiento la pasiva, ya que ha sido tratado por los médicos adscritos a su red de servicios, quienes le han formulado medicamentos y tratamientos incluidos en el POS.

A razón de lo anterior, debió interponer acción de tutela en contra de la accionada por la constante negación de los servicios médicos y la autorización de los medicamentos que le fueron formulados para el control sus patologías, la cual cursó en el Juzgado Veintitrés (23) Civil Municipal de Bogotá bajo el radicado 11001400302320160019000, debiendo presentar continuos desacatos que a la postre no tuvieron efecto, lo que incidió en el deterioro de su único ojo funcional, al punto de no poder distinguir personas a menos de dos metros.

De esa forma, los galenos adscritos a la enjuiciada analizaron diferentes posibilidades para mejorar su condición de salud, pero solo continuaron prescribiendo tratamientos paliativos de bajo riesgo los cuales no tuvieron ningún efecto y por el contrario continuaba perdiendo agudeza visual del ojo derecho, según se colige en su historia clínica de fecha 16 de marzo de 2020.

Sin embargo, fue valorado en la CLÍNICA FUNDACIÓN OFTALMOLÓGICA NACIONAL FUNDONAL en la que le dijeron que era posible llevar a cabo *trabeculoplastia asistida, extracción extracapsular asistida de cristalino, inserción de lente intraocular en cámara posterior sobre restos capsulares y exámenes prequirúrgicos,* procedimientos que le ayudarían a mejorar la visión de su ojo derecho, destacando que en inicio se realizó la *trabeculoplastia asistida* el 25 de noviembre de 2019; y la *extracción extracapsular asistida de cristalino, inserción de lente intraocular en cámara posterior sobre restos capsulares* se realizó el 2 de enero de 2020, cirugías para las cuales debió realizar los respectivos exámenes prequirúrgicos, las que a la postre le proporcionaron una mejor calidad de vida.

En esa medida, el 3 y 6 de febrero, 18 de marzo y 13 de octubre de 2020 radicó ante la encartada las facturas para el pago de los servicios médicos prestados por la CLÍNICA FUNDACIÓN OFTALMOLÓGICA NACIONAL FUNDONAL, sin que haya recibido respuesta de la entidad demandada pese a que instauró acción de tutela para tal efecto, la que fue negada por improcedente. Añadiendo que hace parte del grupo poblacional de pobreza extrema, y que realizó un gran esfuerzo para conseguir los recursos para sufragar los procedimientos que le fueron realizados.

Por último, destacó que la accionada le indico que reclamara ante la ADRES, y posteriormente le dijo que solo con una sentencia judicial obtendría el pago deprecado, vulnerando así sus derechos fundamentales.

1.2 TRÁMITE Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD mediante auto del 11 de noviembre de 2021 admitió la demanda en contra de CAPITAL SALUD EPS-S S.A.S.; además requirió a las partes y a la FUNDACIÓN OFTALMOLÓGICA NACIONAL FUNDONAL para que allegaran la documentación que solicitó la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD.

A razón de ello, CAPITAL SALUD EPS-S S.A.S. contestó la demanda manifestando que la demandante señora JOSÉ REINALDO LOPEZ se encuentra afiliado a esa entidad desde el 9 de noviembre de 2011 en el régimen subsidiado, y que el paciente de manera voluntaria se dirigió a una clínica particular denominada CLÍNICA FUNDACIÓN OFTALMOLÓGICA NACIONAL FUNDONAL para practicar el procedimiento quirúrgico *trabeculoplastia asistida, extracción extracapsular asistida de cristalino, inserción de lente intraocular en cámara posterior sobre restos capsulares y exámenes prequirúrgicos*, sin autorización expresa de la EPS CAPITAL SALUD.

Refirió que el 4 de marzo de 2020 dio respuesta al radicado SIGSC 020620484, referente a la solicitud de reembolso, informando que no es procedente por

cuanto no cumple con los requisitos estipulados en el artículo 14 de la Resolución 5261 del Ministerio de Salud, de modo que, no puede reconocer el pago de gastos asumidos por los afilados si no cumplen con los requisitos de dicha norma.

Como excepciones propuso las de CAPITAL SALUD EPS-S, no puede reconocer el reembolso de los dineros sufragados por el demandante, toda vez que los aspectos fácticos no configuran las causales establecidas para el reembolso acorde a lo regulado en el artículo 14 de la Resolución 5261 del 1994 Ministerio de Salud y falta de competencia de la Superintendencia Delegada para la Facultad Jurisdiccional y Conciliatoria conforme a la Ley 1949 del 2019.

La FUNDACION OFTALMOLOGICA NACIONAL – FUNDONAL brindó respuesta al requerimiento del *a-quo*, indicando la realización al actor exámenes de biometría ocular e interferometría y la práctica de dos procedimientos quirúrgicos, el primero de trabeculoplastia asistida con láser argón y el segundo de facoemulsificación o extracción extracapsular de cristalino asistido, con implante de lente intraocular monofocal en cámara posterior; así como, en controles postoperatorios de manera particular, expidiendo las siguientes facturas por los servicios prestados, así.

Atenciones	Fechas	Concepto	Valor
Factura CX 1145843	13 de noviembre de 2019	Consulta de glaucoma	195.000
Factura CX 117137	26 de noviembre de 2019	Trabeculoplastia asistida	840.000
Factura CX 118602	4 de diciembre de 2019	Biometría ocular	44.100
Factura CX 118668	4 de diciembre de 2019	Copia de historia clínica	900
Factura CX119256	6 de diciembre de 2019	Interferometría	35.000
Factura CX 120157	11 de diciembre de 2019	Consulta	63.000
Factura CX12355	2 de enero de 2020	Procedimiento de extracción extracapsular de cristalino asistida facoemulsificación + implante lente intraocular monofocal en ojo derecho	2.549.850
TOTAL FACTURAS			3.727.850

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

La SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD profirió sentencia el 17 de noviembre de 2022, mediante la cual accedió a las súplicas del demandante de forma parcial, por lo que ordenó a CAPITAL SALUD EPS-S S.A.S. reembolsar al actor la suma de $3.663.950, en un término de cinco días.

Para arribar a dicha conclusión, la Superintendencia comenzó por pronunciarse ante la falta de competencia alegada, indicando que es competente para conocer el asunto de acuerdo al artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado, a su vez por los artículos 126 de la Ley 1438 de 2011 y 6 de la Ley 1949 de 2019, esa entidad puede conocer y fallar en derecho y con las facultades propias de un juez, entre otros asuntos, lo atinente al reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado en los eventos de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud o entidades que se le asimilen para cubrir las obligaciones para con sus usuarios.

En otro giro, expuso que al valorar la documental médica que obra en el plenario, evidenció que no existió gestión al riesgo en la salud visual del paciente, pues si bien desde la niñez, es decir, mucho antes de ser afiliado a la encartada presentaba riesgo evidente de ceguera. A esa falta de gestión se sumaron las fallas del sistema obligatorio de calidad en el componte de auditoría, motivos que son suficientes para demostrar la negligencia de la EPS accionada en el presente asunto, en tanto limitó su atención a la prescripción de medicamentos, los cuales no resultaron efectivos para el tratamiento de la patología de *glaucoma de ángulo abierto* que venía padecía el promotor desde el año 2004, con progresivo deterioro de su agudeza visual ojo único derecho, con la posibilidad de perder totalmente la visión, así como lo prescribió el médico tratante de la red de prestadores.

Concluyendo así, que la EPS convocada a juicio no demostró haber gestionado el riesgo en salud del demandante, conforme la patología visual que padecía. Procedimientos que solo fueron ejecutadas por los galenos de la FUNDACIÓN OFTALMOLÓGICA NACIONAL - FUNDONAL, circunstancias que evidencian falta

de información direccionada hacia el paciente, creando barreras al acceso de los servicios de salud, falta de integralidad, oportunidad y continuidad de la atención de manera integral y eficaz, configurándose los presupuestos contemplados en el artículo 6º de la Ley 1949 de 2019. En consecuencia, al estar debidamente soportados y demostrados los procedimientos realizados al actor y que corroboró la citada fundación en su respuesta, encontró procedente el reembolso de $3.663.950.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la CAPITAL SALUD EPS-S S.A.S. la apeló. Insistió en su alzada que no se configuran las causales establecidas para el reconocimiento económico de la EPS, ya que la normatividad de manera expresa señala que en ningún caso se autorizará el reembolso sin el cumplimiento taxativo de la Resolución 5261 del 1994.

IV. CONSIDERACIONES:

4.1. PROBLEMA JURÍDICO:

El problema jurídico se contrae a determinar si en el *sub-examine* resulta procedente el reembolso de las sumas que asumió el extremo activo por concepto de gastos incurridos a razón de la falta de atención por parte de la demandada CAPITAL SALUD EPS-S 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:

> *"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*".

La excepción referida se encuentra regulada normativamente en el literal b) del

artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, y en el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994. Estas normativas permiten el reembolso económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por atención de urgencias en instituciones no adscritas a la red de con la cual existe convenio de su EPS, si ha sido autorizado expresamente esta, y *"en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios".*

En tal sentido, es menester advertir en primer lugar que la demandada CAPITAL SALUD EPS-S S.A.S. no se apuso a la afiliación del actor a esa promotora de salud del régimen subsidiado para las anualidades 2019 y 2020.

Tampoco se discute el hecho que conforme se acredita de la historia clínica del demandante, fue diagnosticado por *glaucoma primario de ángulo abierto, con ceguera de ojo izquierdo y visión subnormal del ojo derecho* el cual padecía desde la infancia según la historia clínica, lo que venía ocasionando con progresivo deterioro de su agudeza visual del ojo derecho, el cual es el único en el que tiene visión, estando expuesto a perder totalmente la visión, según indicó el médico tratante de la red de prestadores el 31 de octubre de 2018, siendo solo tratado con medicamentos (f 17 archivo 01 demanda).

Además, que ante la negativa de la EPS de practicarle al gestor algún procedimiento quirúrgico que mejora su visión (f. 18 archivo 01 demanda), decidió acudir a la FUNDACIÓN OFTALMOLÓGICA NACIONAL – FUNDONAL, la cual no estaba adscrita a la red de prestadores de la encartada, donde le practicaron dos procedimientos quirúrgicos, esto es, el de *trabeculoplastia asistida* y la *extracción extracapsular asistida de cristalino, inserción de lente intraocular en cámara posterior sobre restos capsulares y exámenes prequirúrgicos.* Debiendo el actor asumir el costo de tales procedimientos sin que le fuera reconocido por parte de la accionada tales sumas.

Bajo esa óptica, para la Sala es palmaria la necesidad del demandante de que le fueran realizados los procedimientos antes descritos, los cuales debió asumir de su propio peculio ante la falta de oportunidad, gestión y prestación oportuna del servicios por parte de la EPS, debiendo acudir a otra entidad de salud para que le ayudaran a tratar la posible pérdida total de su visión. Procedimientos y costos que se encuentra debidamente soportados en la historia clínica y las respectivas facturas. (archivos 1, 6 y 7), así:

Facturas	Fecha	Concepto	Valor
Factura CX 114543	13 de noviembre de 2019	Consulta de glaucoma	195.000
Factura CX 117137	26 de noviembre de 2019	Trabeculoplastia asistida	840.000
Factura CX 118602	4 de diciembre de 2019	Biometría ocular	44.100
Factura CX 118668	4 de diciembre de 2019	Copia de historia clínica	900
Factura CX119256	6 de diciembre de 2019	Interferometría	35.000
Factura CX 120157	11 de diciembre de 2019	Consulta	63.000
Factura CX12355	2 de enero de 2020	Procedimiento de extracción extracapsular de cristalino asistida facoemulsificación + implante lente intraocular monofocal en ojo derecho	2.549.850
TOTAL			**3.727.850**

En virtud de lo expuesto, y ante la notoria falta de atención en salud de la EPS a razón de los procedimientos quirúrgicos que necesitó el actor en su momento, palmaria resulta la condena impuesta por la Superintendencia, máxime si se tiene en cuenta que, según lo expuesto por la activa, debió sufragar los gastos en que incurrió a razón de tales servicios médicos, los cuales fueron puestos en conocimiento de la encartada, la cual indicó que había dado respuesta el 4 de marzo de 2020 a la solicitud de reembolso, informando que no era procedente, por cuanto no cumple con los requisitos estipulados en la Resolución 5261 del Ministerio de Salud.

Así las cosas, como lo dispuso el ente Superintendencial y de conformidad con lo preceptuado 41 de la Ley 1122 de 2007, claro es que la es la misma normativa es quien le otorga a la Superintendencia facultades de Juez para actuar como tal en asuntos como el de marras, de allí que deban seguirse los lineamientos del artículo 9.1.3.5.10 del Decreto 2555 de 2010 para la efectividad del pago para con

el demandante; situaciones todas que conllevan a concluir que la sentencia de primer grado deberá confirmarse en su integridad.

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 17 de noviembre de 2022 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 GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado