



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

Ordinario Laboral 1100131050 **01 2017 00975 04**
Demandante: CINDY LORENA FRANCO ESTEBAN
Demandado: SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
 PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero 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 3 de agosto de 2022 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora CINDY LORENA FRANCO ESTEBAN promovió demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad PORVENIR S.A.S., a fin que se declare la existencia de un contrato de trabajo con la encartada, vigente del 12 de junio de 2012 hasta el 10 de septiembre de 2014, el cual finalizó sin justa causa por parte del empleador.

En virtud de lo anterior, se condene a la demandada al pago de las comisiones causadas en los meses de agosto y septiembre de 2014 y al pago de la indemnización por despido sin justa causa, la cual debe ser liquidada sobre el

salario que devengaba al momento del finiquito, además de lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus aspiraciones adujo que, suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la enjuiciada el 12 de junio de 2012, para desempeñar el cargo de asesora comercial y colocadora de afiliaciones al sistema general de seguridad social en pensiones y de cesantías en esta ciudad, devengado como salario básico fijo mensual inicial la suma de \$2.726.342, más un auxilio de transporte de \$172.084; enfatizando que el promedio de su salario variable devengado en los últimos seis meses fue de \$8.000.000.

Refirió que desarrolló su labor en forma prolija, recibiendo reconocimientos por su desempeño laboral en varias ocasiones; sin embargo, el 10 de septiembre de 2014 el empleador terminó de manera unilateral el contrato de trabajo, aduciendo que al parecer había suplantado la firma y huella de un cliente o había facilitado esta conducta punible, no obstante haber sido exculpada por el afectado de la presunta suplantación, lo que no causó perjuicio alguno al empleador ni al afectado.

Por último, señaló que la demandada evadió el pago de aportes al sistema general de seguridad social integral sobre el ingreso real devengado y que además le retuvo el salario variable de los meses de agosto y septiembre.

Inadmitida la demanda mediante auto de 12 de diciembre de 2018, la parte actora procedió con su subsanación; sin embargo, a través de proveído de 7 de febrero de 2019 fue rechazada. Puestas así las cosas, esta Colegiatura al resolver el recurso de apelación interpuesto por la activa en contra de dicha decisión, la revocó y dispuso admitir la demanda en auto de 28 de mayo de 2019, lo cual se llevó a cabo en providencia de 10 de octubre de 2019. (Fls. 55 a 63, 75 a 78 y 80 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones elevadas en su contra en el libelo introductorio. Al respecto, precisó que celebró con la actora un contrato individual de trabajo a término fijo el 12 de junio de 2012, y que posteriormente el 9 de noviembre de 2012 las partes modificaron mediante otrosí la duración del contrato a término indefinido, siendo su último cargo el de Asesor Comercial Generación Porvenir.

Destacó que el 12 de junio de 2012, las partes acordaron que la demandante percibiría una remuneración variable, empero, en el evento de que las comisiones mensuales devengadas por concepto de recaudo fueren inferiores a un salario mínimo legal mensual vigente, el empleador reconocería la diferencia; destacando que el 1º de febrero de 2014 mediante otrosí convinieron que desde dicha calenda y hasta el 30 de mayo de 2014, el empleador garantizaría un ingreso variable de \$2.726.342, pero en caso de que las comisiones fueren superiores a esa suma la actora solo recibiría el monto de las comisiones. Finalmente, expuso el 3 de febrero de 2014, acordaron que en caso de ser las comisiones inferiores al salario mínimo el empleador reconocería la diferencia. En cuanto al auxilio de transporte dijo que no era factor salarial y que la última suma acordada correspondía a \$172.084.

En lo que respecta al despido con justa causa, indicó que la finalización de la relación laboral de la demandante obedeció a las razones contenidas en la carta de terminación del contrato de trabajo, de acuerdo con la configuración de la justa causa endilgada al momento del finiquito, de conformidad con lo establecido en el numeral 6º del literal a) del artículo 7 del Decreto Ley 2351 de 1965, norma que subrogó el artículo 62 del C.S.T.

Formuló las excepciones previas de prescripción e inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones, de las cuales el Juzgado de origen difirió el análisis de la de prescripción para el momento de proferir la sentencia



que pusiera fin a la instancia, en cuanto a la segunda la declaró no probada en audiencia llevada a cabo el 29 de noviembre de 2021, decisión que fue confirmada por esta Corporación en auto de 28 de febrero de 2022. (Fls. 178 y 185 a 192 archivos 01 y 04).

Igualmente, propuso como medios exceptivos los denominados inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, existencia de justa causa para la terminación del contrato de trabajo, calificación de falta grave por los contratantes, buena fe de la demandada, mala fe de la demandada, prescripción, compensación, pago y compensación. (Fls. 85 a 122 archivo 01).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 3 de agosto de 2022, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, vigente del 12 de junio de 2012 al 10 de septiembre de 2014, siendo el último salario devengado por la promotora la suma de \$2.726.342, absolvió a la enjuiciada de las demás pretensiones elevadas en su contra y declaró probadas las excepciones de inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido; existencia de justa causa para la terminación del contrato de trabajo; calificación de falta grave por los contratantes; buena fe de la demandada y mala fe de la demandante y condenó en costas a la parte actora.

Para arribar a dicha conclusión, el fallador de instancia advirtió que no era objeto de reproche, que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo y que posteriormente mediante otrosí, su duración fue modificada a término indefinido, relación contractual que inició el 12 de junio de 2012 y terminó el 10 de septiembre de 2014; y que el último salario variable de la actora ascendió a \$2.726.342 mensuales, así como que devengaba comisiones.

En esa medida, precisó que el problema jurídico a determinar consistía en verificar si la demandante fue despedida sin justa causa y si le asiste derecho al pago de la correspondiente indemnización y a los salarios variables por comisiones de los meses de agosto a septiembre de 2014.

Así las cosas, el Juez de primer grado al analizar el acervo probatorio señaló en lo atinente al pago de salarios variables por comisiones de los meses de agosto a septiembre de 2014, que de la liquidación visible a folio 85 del expediente digital se advertía que a la demandante se le reconocieron los conceptos de comisión pensión obligatoria y comisión traslado de cesantías, además que el retiro se dio el 10 de septiembre 2014, por lo que no se causaron comisiones en su totalidad, lo cual se colige de la versión rendida por el Representante Legal de la accionada y del testigo DIEGO FELIPE MORENO, quienes expusieron que las comisiones fueron canceladas con la liquidación definitiva y la reliquidación, por lo que no había lugar a emitir condena en tal sentido.

En lo tocante a la indemnización por despido sin justa causa que deprecia la gestora, indicó el *a-quo* que la demandada al contestar la demanda acotó que el contrato de trabajo terminó con justa causa imputable a la actora el 10 de septiembre de 2014, con base en las razones y causales oportunas y detalladas en la comunicación de la misma fecha; que en dicha carta de terminación no se le indicó a la demandante que la terminación se producía como consecuencia de la falsificación de la firma de un cliente, sino por grave incumplimiento de sus funciones, máxime que conforme a lo establecida en la cláusula quince del contrato de trabajo, las partes convinieron calificar como falta grave meritoria de la terminación vínculo la establecida en el literal g) atinente al *“incumplimiento de las normas y procedimientos sobre afiliaciones y/o traslados que el trabajador declara conocer, todo empleo de métodos o fraudulentos de cualquier índole para la incorporación o traspaso de afiliados”*.

Seguidamente, el *a-quo* se remitió al artículo 58 del C.S.T., numeral 5º que señala como obligaciones del trabajador el de comunicar oportunamente al

empleador las observaciones que estime conducentes a fin de evitarle daños y perjuicios; manifestando que no había lugar al pago de la indemnización que se reclama, teniendo en cuenta que aun cuando no se haya terminado la relación laboral por la queja presentada por el señor ACOSTA COLMENARES, no podía perderse de vista que en el expediente se encuentran diferentes llamados de atención a la demandante por quejas de usuarios similares, lo que es una falta grave y una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo de acuerdo a la norma en cita; lo que se acompasa con lo dispuesto en el numerales 5 y 6 del literal a) del artículo 62 del C.S.T., además, el juez de primer grado al citar la carta de la terminación del contrato de trabajo de 10 de septiembre de 2014, advirtió que la demandada dio a conocer a la gestora las normas que había infringido, entre ellas, las reseñadas en el Reglamento Interno de Trabajo y el Código Sustantivo del Trabajo.

A continuación, hizo mencionó el proceso disciplinario que se siguió a la actora a razón de las diferentes quejas de los usuarios por el actuar de esta por la falta de una debida asesoría y no estar de acuerdo con la afiliación y el llamado de atención que le realizó el empleador por ese motivo el 9 de junio de 2014, y las explicaciones que sobre el particular expuso la activa en la diligencia de descargos. De la misma forma, Juez primigenio trajo a colación lo reseñado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 21 de noviembre de 2003, radicado 21595 y la SL 2351 de 2020, en la que se enlistaron los requisitos para dar por terminado el contrato de trabajo por justa causa.

Igualmente, se indicó que el caudal probatorio demuestra los motivos que dieron lugar a la terminación del contrato de trabajo a la demandante por justa causa, entre los cuales se encuentra el informe de 9 de mayo de 2014 correspondiente a un análisis grafológico por la queja presentada por el señor OSCAR ACOSTA COLMENARES, en la cual se determinó de la prueba caligráfica de la firma del formulario No. 96648107 que no correspondía a la firma del titular, a lo que se suman las declaración vertidas por las partes y los testigos, de las que se puede concluir que la demandada no tuvo conocimiento de la

comunicación de retracto que dicho quejoso presentó, aunado a que existen otros casos que dieron lugar a reiterados llamados de atención a la actora por su gestión como asesora.

Despido que además goza de la debida inmediatez, pues era necesario surtir las debidas etapas para llegar a tal determinación. Adicionalmente, la cláusula 15 del contrato de trabajo, señala como falta grave meritoria de la terminación del vínculo la establecida en el literal g), que refiere al incumplimiento de las normas y procedimientos sobre afiliaciones y/o traslados que el trabajador declara conocer todo empleo de métodos irregulares o fraudulentos, de cualquier índole para la incorporación o traspaso de afiliados; cumpliéndose así con los requisitos para dar por terminada con justa causa la relación laboral a la actora.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Al respecto sostuvo sobre las comisiones pendientes de pago, que se desconocieron las declaraciones de los testigos que indicaron los estadios de la afiliación y el recaudo, lo que corrobora la versión de la actora; pues la afiliación era un trámite y las comisiones eran pagadas a la demandante una vez recibía el demandado el primer pago del sistema general de seguridad social en pensiones o en cesantías, lo que desconoce la sentencia confutada, que dio credibilidad a lo expuesto por el testigo DIEGO FERNANDO MORENO, quien manifestó que se pagaban inmediatamente lo que no es cierto, pues las comisiones se pagaban una vez efectuado el recaudo.

Adujo que no se tuvo en cuenta la carta de retracto del señor OSCAR COLMENARES, y que el testigo DANILO BOLIVAR analista grafológico sostuvo que la determinación de la firma se establecía en una hora y además la testigo PATRICIA PEÑA se contradijo en la forma como se pagaban las comisiones, lo que si ratificó la actora en su declaración.

Recalco que el juez de instancia basó su decisión en los artículos 58 y 60 del C.S.T., sobre las causales de terminación por parte del empleador, desconociendo el principio de *indubio pro operario*, que señala que las dudas se resuelven a favor del trabajador, duda que gravita en torno a establecer de quien era la firma, y que la parte demandada no tachó de falso el documento de retracto, y si por el contrario le dio valor a testimonios que guardan contradicciones.

Reiteró que en atención al principio de inmediatez, no se justificaba que entre el mes de mayo y agosto la empresa haya llevado a cabo una investigación que de acuerdo a la declaración de DANILO BOLÍVAR tomaba una hora para corroborar si efectivamente era una afiliación irregular, hecho que desconoció el juez de primer grado obviando que pasaron cinco meses; aunado a que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que cuando el llamamiento a descargos por una falta que se cometa debe hacerse de forma inmediata, guardando un tiempo proporcionado entre el conocimiento que tuvo el empleador de la falta y la fecha en que se rinde a descargos; por lo que solicita que no solamente se tenga en cuenta la ley, es decir, los artículos 58 y 60, sino también la jurisprudencia en relación con el principio de inmediatez.

Agregó que no se logró establecer si la actora fue quien tramitó la firma; y el retracto nunca lo tacharon de falso el cual dijo lo entregó a su jefe DIEGO RUIZ, además en la sentencia SL 3239 de 2015 se dijo que el plazo para tomar la decisión del despido motivado, ha de contener también el momento en que el empleador tiene conocimiento de los hechos hasta la fecha del fin del contrato, el cual en el presente asunto es injustificable sin que sea excusa el cúmulo de quejas, inclusive posteriores a la desvinculación laboral, añadiendo que la actora no había sido disciplinada y que la falta no causó perjuicio al quejoso ni al empleador.

Igualmente, dijo que el juez de primer grado tuvo en cuenta otras quejas para tomar la decisión como una falta grave, sin establecer si fueron veraces o no, y

en la declaración del señor CARLOS SÁNCHEZ MEDINA, se manifestó que la compañía adoptó esa medida en razón a que no era una conducta delictiva y que nunca radicaron una denuncia, lo que no se ajusta a la causal que tuvo en cuenta el operador judicial primigenio para encontrar ajustado a derecho la decisión de terminación por justa causa la relación contractual, dejando de lado la presunción de inocencia, siendo aplicada una consecuencia más severa que la impuesta por el empleador a otros trabajadores, los que el empleador perdonó en las anteriores quejas; además no se tiene certeza sobre la responsabilidad de la demandante en la conducta que se le endilga, sin que baste con que se encuentre plasmada el Reglamento Interno de Trabajo, en el Contrato de Trabajo o en la Convención Colectiva de Trabajo, por lo que solicita se revoque la decisión de primer grado y acceda a las pretensiones de la demanda.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar como primer problema jurídico a resolver, si hay lugar al pago de las comisiones perseguidas por la accionante y en segundo lugar, si es procedente el reconocimiento y pago de la sanción por despido sin justa causa de conformidad con lo establecido en el artículo 64 del C.S.T.

c. De la existencia de la relación laboral:

Sea lo primero indicar que no es objeto de reproche en esta instancia que entre la demandante y la demandada PORVENIR S.A., se pactó un contrato de trabajo a término fijo, siendo modificada su duración a término indefinido mediante otrosí, vínculo laboral que inició el 12 de junio de 2012 y finalizó el 10 de septiembre de 2014; además que el último cargo que desempeñó la actora fue el de Asesor Comercial Generación Porvenir, devengando un salario variable cuyo último monto mensual ascendió a \$2.726.342 y que además percibía comisiones, según lo determinó el Juez de primer grado, aspectos que igualmente se coligen con las documentales que reposan a folios 8 a 11 y 22, 26 y 39 del archivo denominado pruebas contestación Cindy Lorena Franco vs Porvenir S.A. de la carpeta 02.

a. Del pago de comisiones.

Reclama la demandante en el libelo demandatorio el pago de las comisiones generadas en agosto y septiembre de 2014; por su parte, la accionada aduce en su defensa que no adeuda suma alguna por tal concepto, advirtiéndose como ya se indicó precedentemente, que no es objeto de controversia el hecho de que la actora devengaba comisiones.

Sobre el particular, se tiene que el artículo 127 del C.S.T. establece que constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentaje sobre ventas y comisiones.

Al respecto, se memora que el contrato de trabajo a fijo suscrito entre las partes el 12 de junio de 2012, en su parágrafo primero estableció:



“Parágrafo 1- En cuanto a las comisiones con previo cumplimiento de los requisitos convenidos en el Anexo sobre Remuneración generen comisiones, las mismas solo se pagarán por las afiliaciones con cuentas individuales creadas en vigencia del contrato.” (Fl. 8 archivo pruebas contestación Cindy Lorena Franco vs Porvenir S.A. de la carpeta 02.).

A su vez, el Anexo Sobre Remuneración y Auxilio de Transporte de Asesores Comerciales Proyecto, que acordaron las partes el 12 de junio de 2012, estableció el pago de un salario variable a la trabajadora el cual contenía el concepto de comisiones, las cuales serían reconocidas de manera mensual por cada vinculación inicial al Fondo de Pensiones que administra la pasiva, de acuerdo con la tabla que allí se especifica. (Fls. 12 a 14 archivo pruebas contestación Cindy Lorena Franco vs Porvenir S.A. de la carpeta 02.).

De la misma forma, el 1º de febrero de 2014 la demandante y la enjuiciada a través de otrosí, acordaron que el cargo que en adelante desempeñaría la trabajadora sería el de Asesor Comercial PO-y CES en la Regional Bogotá y que los servicios de la actora serían remunerados de acuerdo con la cláusula segunda de dicho documento con el pago de comisiones, las cuales se describen en el anexo de remuneración del cargo y un garantizado del 1º de febrero al 30 de mayo de 2014 en suma de \$2.726.342; no obstante, en caso de que las comisiones fueren superiores a dicho rubro el trabajador recibiría solo el pago de las comisiones. (Fl. 26 y 27 a 32 archivo pruebas contestación Cindy Lorena Franco vs Porvenir S.A. de la carpeta 02.).

Igualmente, las partes en otrosí adiado el 28 de abril de 2014 acordaron en la cláusula primera que a partir de la producción efectuada desde esa calenda de manera transitoria en caso de que el trabajador desarrolle las labores de ventas con participación de empresas de corretaje el empleador pagará al trabajador la comisión establecida en la Política Comercial definida por la convocada a juicio. Igualmente, el parágrafo segundo de ese mismo acuerdo señala:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“PARÁGRAFO SEGUNDO Las partes expresamente acuerdan que en caso de terminación del contrato por cualquier motivo, solo se calculará remuneración variable por ventas efectivamente recaudadas por EL TRABAJADOR antes de su desvinculación. En consecuencia, no se generará comisión alguna por recaudos realizados con posterioridad a la desvinculación de EL TRABAJADOR, ni habrá lugar a reliquidación alguna por concepto de ventas recaudadas con posterioridad a la terminación del contrato.” (Fl. 38 archivo pruebas contestación Cindy Lorena Franco vs Porvenir S.A. de la carpeta 02.).

Asimismo, obra en el expediente certificación emitida por la demandada el 11 de marzo de 2021 en el que se detalla el monto de las comisiones percibidas por la promotora desde enero a septiembre de 2014, en el que se indica que para el mes de agosto de ese año devengó por ese concepto la suma de \$12.780.287 y para septiembre \$8.409.023, siendo el promedio de comisiones de los últimos 12 meses \$4.608.707. A su vez, se encuentra liquidación y reliquidación en la que se detallan pagos por los conceptos de comisión pensión obligatoria, reclamo comisión pensión obligatoria, comisión por traslado de cesantías. (Fls. 61, 62 y 63 archivo pruebas contestación Cindy Lorena Franco vs Porvenir S.A. de la carpeta 02.).

Es de mencionar que sobre el pago de comisiones, el señor CARLOS ANDRES SÁNCHEZ MEDINA, Representante Legal de la demandada, en su declaración sostuvo que mediante otrosí al contrato de trabajo se estableció que el salario de la promotora sería variable con comisiones, las cuales percibiría de acuerdo al recaudo efectivo que tuvieran las afiliaciones que ella realizara para la encartada para el fondo de pensiones, precisando que se trataba de comisiones por recaudo efectivo hasta el último día que estuviera vinculada con la compañía, comisiones que se pagaron en la liquidación definitiva de acreencias y en la reliquidación que se efectuó a la misma a la actora, sin que se adeude suma alguna por ese concepto.

Entre tanto, la demandante en su interrogatorio de parte, expuso sobre el pago de comisiones que se le adeudan las generadas desde el mes de febrero de 2014, en monto aproximado de \$40.000.000 por traslados de otros fondos de



pensiones y traslados de cesantías las cuales también generaban una comisión, junto con las vinculaciones iniciales que generaban con diferentes empresas, las que se recaudaban de seis (6) a ocho (8) meses después.

La testigo PATRICIA PEÑA ACEVEDO, quien dijo laborar para la demandada desde el 10 de septiembre de 2010 y hasta el 14 de febrero de 2022, en el área de Talento Humano para la Vicepresidencia Comercial, manejando los procesos de Talento Humano para la Regional Bogotá, indicó sobre el proceso del pago de comisiones que los asesores obtiene la afiliación, la que pasan a soporte comercial y luego entra al proceso de afiliaciones, haciéndose un pago al mes siguiente, conforme lo indican las probanzas anteriormente referidas.

De otro lado, el testigo DIEGO FELIPE MORENO, quien se desempeña como Gerente de Talento y Servicios Administrativos de la convocada a juicio, refirió sobre el pago de comisiones establecidas en el contrato de trabajo y el otrosí especial, que se pactó que las comisiones que se causan son las que efectivamente la compañía haya recaudo y acreditado al momento del retiro del trabajador. Por ello, se realizan dos procesos de pago cuando una persona se retira, la liquidación que es de las comisiones y prestaciones de las que se tiene información a esa fecha y posteriormente esperan un mes o mes y medio para verificar los recaudos que se reciben y así garantizar que a la persona se le han pagado todos los valores en las condiciones establecidas en el anexo de remuneración.

Para el caso de la actora, refirió el citado testigo que para el año 2014, tuvo una transición del cargo de Asesor Comercial Generación Porvenir al de Asesor Comercial de Pensiones Obligatorias, pactándose una suma fija por espacio de cuatro (4) meses para que no quedara sin el ingreso correspondiente, y a partir del quinto mes empezaría a recibir su esquema de compensación de la nueva función, precisando que como para esa misma calenda se dio el retiro se pagaron todas las comisiones que registran pago de las entidades y acreditación hasta la fecha del retiro de la trabajadora.

De las anteriores probanzas, puede concluir la Sala que no se arribaría a conclusión diferente a la del fallador de instancia, ya que si bien la actora cambió de cargo en el año 2014, aquella seguía haciendo parte de la fuerza comercial de la encartada, por lo cual era evidente que generaba comisiones a razón de las afiliaciones que realizara a la administradora de pensiones y cesantías, afiliaciones que serían reconocidas en los términos dispuestos en el Anexo Sobre Remuneración y Auxilio De Transporte de Asesores Comerciales de 12 de junio de 2012 y el otrosí fechado el 28 de abril de 2014 que suscribió la actora con el empleador demandado.

Ahora bien, al auscultar tales documentos se observa que en los literales f) y g) del párrafo del numeral 1.1.4., del mencionado Anexo señala que las comisiones se pagarían mientras la trabajadora estuviese vinculada laboralmente en el mes siguiente al pago efectivo y acreditación de los aportes, aspecto que se reitera en el aludido otrosí de 28 de abril de 2014, en el que se pactó en el párrafo segundo de la cláusula primera del mismo, que en caso de terminación del contrato por cualquier motivo, sólo se calcularía remuneración variable por ventas efectivamente recaudadas por el trabajador antes de su desvinculación.

Por tanto, entiende la Sala como viene de verse que no se generaría comisión alguna por recaudos realizados con posterioridad a la desvinculación de la trabajadora, ni habría lugar a reliquidación por concepto de afiliaciones recaudadas con posterioridad a la terminación del contrato. (Fls. 27 a 32 y 38 archivo pruebas contestación Cindy Lorena Franco vs Porvenir S.A. de la carpeta 02.).

Lo que se corrobora con las documentales y las declaraciones anteriormente recaudadas, de las cuales se puede vislumbrar el testigo DIEGO FELIPE MORENO, quien fue conteste en señalar que las comisiones se generan y se causan por recaudo efectivo, contrario a lo aducido por la demandante en su apelación, quien dijo que el citado testigo había sostenido que se cancelaban

inmediatamente. Aclarado tal aspecto; no puede soslayarse el hecho que no obra prueba en el plenario que permita tener plena certeza que a la actora se le adeudan comisiones diferentes a las que ya le fueron reconocidas por el empleador conforme se extrae de la certificación de 11 de marzo de 2021, en la que se indican los montos que percibió por comisiones de enero a septiembre de 2014, lo que se acompasa la liquidación final de acreencias y la reliquidación a la misma, en la que se advierte que a la demandante le fueron cancelado por comisiones alrededor de \$13.789.995.

En este punto, cabe mencionar que si bien en el *petitum* solo se reclaman las comisiones adeudadas por los meses de agosto y septiembre de 2014, no puede perderse de vista que en el interrogatorio de parte la gestora adujo que no se le habían cancelado las generadas desde febrero de 2014; situación que en nada cambia lo hasta aquí dicho, pues lo cierto es, que la parte actora no precisa cuáles eran las afiliaciones pendientes de pago de comisiones a la finalización de la relación laboral con el fin de poder desentrañar el impago que reclama, el cual según las manifestaciones de la parte demandante en su alzada tenía claro que solo se causaban con el recaudo efectivo.

Situación que tampoco se puede corroborar con las documentales de folios 35 a 43 del archivo 01, correspondiente al Detalle de Liquidación de Comisiones de septiembre de 2014, del que se evidencia que existían varias afiliaciones pendientes por recaudo efectivo a la terminación del contrato, lo que indudablemente, se reitera, conlleva a que no se genere obligación alguna por parte del empleador frente al pago de comisiones después de tal momento, pues así lo acordaron las partes.

Así las cosas, al no existir prueba que acredite que se adeuda suma alguna de dinero por concepto de comisiones, se confirmará la decisión de primer grado, en este puntual aspecto.

b. De la indemnización por despido sin justa causa:



En lo tocante a este punto, el cual fue objeto de reproche en el recurso de apelación impetrado por parte la activa; 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 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 a la demandante al tenor de lo preceptuado en el artículo 167 del C.S.T., el despido se acreditó a plenitud como quiera que se allegó al plenario la carta de terminación de la relación laboral que se expidiera por la encartada el 10 de septiembre de 2014 (Fls. 44 a 45 archivo 01), documento que por demás no fue refutado de falso; circunstancia por la cual, le atañe a empleador comprobar la justa causa endilgada.

Adicionalmente, la reiterada jurisprudencia emanada por el órgano de cierre de esta especialidad, ha señalado entre otras, en sentencia SL2580-2022, que son requisitos para dar por terminado el contrato por justa causa la: i) comunicación al trabajador en la que se individualicen los motivos o razones por los que se da por terminado, ii) la inmediatez en la decisión, iii) la configuración de alguna de las justas causas señaladas en el CST, además, iv) si es del caso, agotar el procedimiento previo al despido incorporado en la convención colectiva, en el reglamento interno de trabajo o en el contrato individual y v) la oportunidad del trabajador de rendir descargos o dar la versión de su caso, de manera previa al despido.

Respecto del segundo de los presupuestos antes enlistados, esto es, la inmediatez en la decisión, y dado que fue objeto de inconformidad tal aspecto por parte de la demandante en su disenso resulta imperioso memorar lo señalado por el Alto Tribunal sobre el tema, el cual en sentencia SL1542-2022, Radicación No. 86642 de 11 de mayo de 2022, en la que se trajo a colación lo expuesto por esa misma Corporación en sentencia de 30 de julio de 1993, radicado 5889, en la que se dijo:

“(…) En efecto, es de esperar que un empleador prudente se cerciore suficientemente acerca de la forma como ocurrieron los hechos constitutivos de la violación del contrato, y asimismo sobre otras circunstancias que puedan tener influencia en la grave decisión que habrá de privar del empleo al trabajador, sin olvidar que, además, el empresario puede estar obligado por convención o reglamento a cumplir ciertos trámites previos al despido, o que desee simplemente acatar las pautas que sobre la materia señala la Recomendación 166 de la Organización Internacional del Trabajo.

Lo que la jurisprudencia de la Corte ha precisado como voluntad del legislador es que entre la falta y la sanción debe existir una secuencia tal que para el afectado y para la comunidad laboral en la cual desarrolla su actividad no quede ninguna duda acerca de que la terminación unilateral del contrato se originó en una determinada conducta del trabajador, impidiendo así que el empleador pueda invocar incumplimientos perdonados o infracciones ya olvidadas como causales de un despido que, en verdad tiene motivación distinta, pero esto no significa, que el empresario esté obligado a precipitar decisiones que, tomadas apresuradamente, en muchos casos redundarían en perjuicio de los intereses de los propios trabajadores (CSJ SL 17 may. 2001 (sic), rad. 36014).”

Frente a la configuración de las justas causas que se endilguen al trabajador para dar por terminado el contrato de trabajo, en sentencia SL4005-2022, Radicación No. 90051 de 22 de noviembre de 2022, se dijo:

“La Sala debe recordar que, en la carta de despido, al empleador le basta con identificar los motivos concretos que dan lugar a ello, de manera que, en ese momento, le permita al trabajador conocer las razones que generan esa determinación a efectos de ejercer el derecho de defensa y garantizar la contradicción oportuna, correspondiéndole al juez de

trabajo verificar si las invocadas están o no tipificadas en el ordenamiento aplicable (CSJ SL4545-2018).

"[...]"

"Es que esta Sala tiene adoctrinado que si en el acto del despido, el empleador invoca varias causales, le basta con acreditar la ocurrencia de una de ellas, siempre que posea la entidad suficiente para soportar su determinación. Por ejemplo, en sentencia CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 36558 reiterada en la CSJ SL3823-2020, se indicó que «para justificar el despido aunque concurren varias causales, basta dar por acreditada una con mérito para ser justa causa»."

Efectuadas tales precisiones, esta Colegiatura al remitirse a la referida carta que de dio lugar al finiquito, encuentra que fueron argumentos del empleador demandado para dar por terminada la relación con justa causa, los que a continuación se exponen:

"Me permito informarle la decisión de la Compañía de terminar su contrato de trabajo, de forma unilateral y con justa causa a partir de la finalización de la jornada laboral del día diez (10) de septiembre de dos mil catorce (2014), con fundamento en los siguientes graves hechos:

- 1. La Compañía tuvo conocimiento que Usted incumplió de manera grave las obligaciones laborales emanadas de su contrato de trabajo, como consecuencia de su conducta irresponsable y negligente (entendida como falta de cuidado o interés al desempeñar una obligación), al radicar un formulario de afiliación a pensiones del señor Oscar Fernando Acosta Colmenares, identificado con cedula de ciudadanía No. 1.030.592.012, con una firma que no corresponde al señor.*
- 2. En efecto la Compañía tuvo conocimiento de lo anterior, por la queja recibida por parte del señor Acosta, en la cual indica "... Por falsificación en la firma realizada por una persona diferente a mí, desconozco quien realizo la misma"; y en la que solicita ser excluido de la base de datos como afiliado por cuanto la firma no corresponde a la suya.*
- 3. En virtud de la situación anteriormente señalada, Usted fue llamada a rendir descargos el día 01 de septiembre de 2014, diligencia en la cual indicó que el señor Oscar Fernando Acosta firmo*

la afiliación, y adicionalmente afirmó que realizó la asesoría porque el formulario tiene su letra.

4. Es menester señalar que pese a lo indicado por usted en diligencia de descargos, una vez realizado el cotejo grafológico al formulario de afiliación de la señor Acosta, realizado por el Perito Especialista en Investigaciones de la Gerencia de Auditoría, pudo evidenciarse que la firma suscrita en el formulario en mención corresponde a la suya, hecho que nos permite comprobar lo manifestado por el señor Acosta a través de su queja, demostrando claras irregularidades en la suscripción de la afiliación en comento.

5. Conforme a lo anterior, una vez analizadas las explicaciones por Usted presentadas, la Compañía no las encuentra satisfactorias, no las puede aceptar, ni las puede admitir, ya que se evidencia la utilización de métodos irregulares para cumplir los objetivos trazados por la compañía para realizar y gestionar su labor como Asesor Comercial de Porvenir.”

6. De igual manera, se evidencia que su conducta fue del todo negligente e irresponsable, al radicar un formulario de afiliación de un potencial cliente con una firma que no corresponde al señor Acosta, exponiendo a la Compañía a todo tipo de reclamos, sin tener en cuenta el riesgo reputación y económico que esto le puede generar a esta entidad.

7. Lo anterior, constituye un claro incumplimiento a sus obligaciones, en el entendido que una de sus principales funciones como Asesor Comercial, es la de presentar toda la documentación real y verídica a las empresas y clientes que se encuentran asignados a su cartera comercial. Adicionalmente, su comportamiento ha puesto de manifiesto graves incumplimientos de sus funciones y obligaciones, específicamente en relación a la claridad y transparencia que se exige a los trabajadores de la Compañía que desarrollan funciones en áreas de riesgo crítico de la información, como resulta ser la dependencia en la cual usted labora, más aún, cuando en el Manual de Funciones del Asesor Comercial se establece el deber de brindar la respectiva asesoría personalizada, además de solicitarle al cliente la firma en el formato respectivo.

8. Por todo esto, y por los antecedentes disciplinarios en atención a reiteradas quejas interpuestas por los clientes como consecuencia de su desempeño como asesora comercial, la Compañía ha decidido terminar su contrato de trabajo de manera unilateral y con justa causa de conformidad con lo establecido en su contrato laboral, el numeral 6 del literal a) del artículo 7 del Decreto Ley 2351 de 1965, norma que subrogó al artículo 62 del Código Sustantivo el Trabajo en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

cuanto a se refiere a "6. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos", esta causal fundamentada en el incumplimiento grave de sus obligaciones legales y contractuales como trabajador, en especial aquellas contenidas en el numeral 1 del artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo y numerales 12, 14³, 16⁴ y 17⁵ del Artículo 44 del Reglamento Interno de Trabajo, así como en el incurrir en aquellas prohibiciones a su cargo contenidas en el numeral 11, 12 y 28 del artículo 46 del Reglamento Interno de Trabajo y disposiciones del Código de Conducta de esta compañía."

De la comunicación en cita, se puede colegir que los hechos que dieron lugar al despido de la actora, corresponden a las reiteradas quejas interpuestas por los clientes como consecuencia de su desempeño como asesora comercial, en especial la queja que presentó OSCAR FERNANDO ACOSTA COLMENARES, ya que la gestora radicó un formulario de afiliación con una firma que no correspondía a la de este, incumpliendo con las obligaciones que como Asesora Comercial le asistían, siendo algunas de ellas, el brindar asesoría personalizada y solicitar al cliente la firma en el formato respectivo.

A razón de tal proceder; el empleador imputó a la trabajadora como conductas para finalizar el contrato de trabajo las enlistadas en los numeral 6º del artículo 62 del C.S.T., en especial el numeral 1 del artículo 58 del C.S.T. y los numerales 1, 14, 16 y 17 del artículo 44 del Reglamento Interno de Trabajo, así como las prohibiciones contenidas en los numeral 11, 12 y 28 del artículo 46 del Reglamento Interno de Trabajo y las disposiciones del Código de Conducta de esta compañía.

Ahora, en el transcurrir del trámite procesal se recepcionó el interrogatorio de parte del demandante Representante Legal de la sociedad demandada, quien reitero tales aspectos, manifestando que la terminación de la relación laboral de la actora fue con justa causa al haber incumplido sus obligaciones como asesora comercial, ya que se había presentado una queja por parte de un

presunto afiliado a esa administradora, el cual sostenía que la firma del formulario no correspondía a la de él y que nunca había recibido asesoría, y que no se había afiliado a ese Fondo de Pensiones y Cesantías.

Agregó que dentro del contrato de trabajo de la gestora se había establecido que tenía que brindar asesoría personalizada a todos los clientes que se quisieran vincular ese fondo de pensiones de manera voluntaria, luego, la terminación se dio por el incumplimiento de sus obligaciones especiales como asesora.

Adujo que la queja en comento, fue presentada por el señor OSCAR ACOSTA COLMENARES a finales de mayo de 2014, y que el hecho que los descargos se hayan llevado a cabo solo hasta el mes de septiembre de esa anualidad, obedece a que la queja llega al área de Atención al Cliente, luego se remite al área de Auditoría donde se realiza un análisis y se piden los formularios de afiliación, además se hace un análisis grafológico y se determina si la firma corresponde al cliente de acuerdo a lo que se indique en la queja, de ahí el proceso se remite nuevamente a Atención al Cliente y a Operaciones para dar respuesta al cliente, área esta última que anula la afiliación, posteriormente pasa a Talento Humano para informar al Asesor Comercial sobre la queja y para que en un terminó aproximado de diez (10) días hábiles aclare lo sucedido, vencido ese lapso se decide si se inicia el proceso disciplinario.

Relató que es alto el número de procesos y que, en el caso de la actora, se validaron nuevamente las grafías que se encontraban insertas dentro del formulario de afiliación, por lo que hasta septiembre se adoptó la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo.

Seguidamente, precisó que en la carta de despido de la demandante no se le indicó que el finiquito fuere porque hubiese cometido un delito, por tal razón no se le imputa esa causal para terminar el contrato de trabajo, lo que se le



endilga es el incumplimiento a sus obligaciones especiales como Asesora Comercial de PORVENIR, por la queja interpuesta por el citado afiliado.

Sobre la carta de retracto de la queja de OSCAR FERNANDO ACOSTA COLMENARES, señaló que hasta donde tenía entendido, a esa demandada nunca se ha llegado por alguno de los canales que tiene establecido la compañía para esa situación una carta donde el cliente se estuviera retractando, además sostuvo que después del despido se han presentado nuevas quejas por el trabajo de la actora.

Por su parte la demandante en el interrogatorio de parte que rindió, aceptó haber tramitado la afiliación del señor OSCAR ACOSTA al fondo demandado, y que este había presentado una queja por cuanto no recordaba haber firmado el formulario de afiliación; añadió que en el desempeño de sus funciones no había tenido llamados de atención por irregularidades con la cliente LAURA XIMENA SANDOVAL y que presentó el retracto de la queja a su jefe DIEGO DIAZ, acotando que en su caso, se tomó la medida más agresiva como lo fue su despido.

A su vez, la testigo PATRICIA PEÑA ACEVEDO quien dijo ser la encargada de los procesos disciplinarios en la sociedad demandada; que las actuaciones que dieron lugar a la terminación del contrato de trabajo de la actora, fue por el incumplimiento de las obligaciones laborales por no garantizar que los datos de la afiliación a pensiones obligatorias fueran fieles y veraces.

Igualmente, corroboró lo dicho por el Representante Legal de la encartada frente al trámite que se da a las quejas, agregando que cuando llega a Talento Humano la queja, se envía a los jefes inmediatos de los implicados y se le da traslado al Asesor Comercial para que en plazo de ocho (8) a quince (15) días se comuniquen con el afiliado y aclare la situación que produce la queja, por lo que pueden traer una carta de retracto o una donde se aclare la situación, aclarando que en el caso de la actora, no presentó ningún documento, lo que



dio lugar a la apertura del proceso disciplinario y la citación a descargos y la posterior terminación del contrato.

Manifestó que no tenía conocimiento de una carta posterior de retracto y que en la diligencia de descargos la actora había señalado que no conocía quién había firmado la afiliación, por lo que se entiende que existe una vinculación irregular por la queja del cliente y por la valoración que efectúa el área de Auditoría la que determina con el análisis grafológico que la firma no era la del titular.

También indicó que la actora tenía quejas similares de clientes que señalaban que no conocían el proceso de afiliación y que los datos que estaban en las afiliaciones no eran de ellos, por lo que había recibido anteriormente un llamado de atención; asimismo dijo no recordar que la promotora estuviese entre los mejores asesores, contrario a lo aducido por la activa.

El testigo DANILO BOLIVAR LUNA, quien dijo ser Analista III de Investigaciones, Grafólogo y Dactiloscopista en la compañía demandada, expuso que está encargado de atender todas las solicitudes y reclamos que presentan los afiliados por presuntas irregularidades en el proceso de afiliación y además investigar los temas relacionados con tales irregularidades; sobre el caso que dio lugar al finiquito de la relación laboral de la promotora en el año 2014, dijo que el señor OSCAR ACOSTA presentó una reclamación informando que su afiliación presentaba una falsificación de su firma, por lo que procedieron con las respectivas validaciones, y producto de ello se rindió un informe donde se determinó que las firmas no correspondían.

Aclaró que el informe que genera Auditoría es administrativo, y que la queja les llega por un aplicativo que manejan, por lo que ese proceso desde que se descargan todos los documentos, se genera el informe y se hacen las validaciones, dura una (1) hora. Que no conoce si posteriormente se presentó un retracto, sin embargo, mencionó que después de eso llegaron más quejas



relacionadas con las afiliaciones que realizó la actora. Destacó que el cotejo de grafología se realiza con la reclamación del afiliado en la que obra su firma y el formulario de afiliación que reposa en sus bases de datos.

Igualmente, el mencionado testigo fue enfático en señalar que en el cotejo que realizan de las firmas para determinar si corresponden o no, no hablan de falsificación de firmas, pues no saben si la firma que aparece en el formulario de afiliación fue registrada por la demandante, y que simplemente encontraron discrepancias, pero no saben quién fue el que registró esa firma en el formulario de afiliación.

En su declaración el Gerente de Talento y Servicios Administrativos de la demandada, señor DIEGO FELIPE MORENO, dijo que es responsable de los procesos disciplinarios de la compañía; indicó que las quejas llegan a través de los canales de atención, pasan por auditoria, luego se pone de presente la misma al asesor comercial para ejerza su defensa para lo cual se le otorga un término y posteriormente se lleva a cabo la diligencia de descargos. Reiteró que la queja del cliente en el caso de la actora, obedeció a que aquel dijo no haber recibido la asesoría correspondiente para ser afiliado a esa administradora y que la demandante tenía otras investigaciones abiertas al retiro, pero por tal motivo no fueron finalizadas, incluso posteriormente recibieron más quejas de las actuaciones realizadas por esta. Al se indagado de sobre la carta de retracto presentada por el señor OSCAR ACOSTA COLMENARES dijo no tener conocimiento.

Es de mencionar, que en el plenario reposa la pluricitada queja que presentó el señor OSCAR FERNANDO ACOSTA COLMENARES el 6 de mayo de 2014 ante la encartada en la que indica:

“Por medio de la presente solicito mi cancelación del contrato de afiliación con su empresa, realizado en septiembre de 2012, por falsificación en la firma realizada por una persona diferente a mí, desconozco quien realizo la misma, incurriendo en una falsificación de mi firma Solicito una

investigación del hecho puesto que el asesor debería tener mi documento de identidad y mi firma en el momento de realizar la afiliación Nunca ha sido mi intención afiliarme a Porvenir y si me están perjudicando puesto que ya realice mi pago como independiente a Colpensiones y no me he podido afiliar puesto que tengo afiliación a Porvenir". (Fl. 44 - archivo contestación Cindy Lorena Franco Vs Porvenir S.A. - carpeta 02).

Igualmente, se observa que en el Informe de Análisis Grafológico que presentó el 19 de mayo de 2014 el testigo DANILO LUNA, señala que al proceder con el estudio de la firma y validación del formulario de afiliación No 96157154 de fecha 11 de Septiembre de 2012, el cual aparece relacionado al número de cedula del quejoso, encontró *"Discrepancias en los movimientos generadores de los trazos, extensión, desplazamiento, y ubicación en el espacio gráfico, concluyendo que la signatura que suscribe el formulario de afiliación referido no se identifica con la firma autógrafa del titular."* (Fl. 45 - archivo contestación Cindy Lorena Franco Vs Porvenir S.A. - carpeta 02).

Igualmente, el citado testigo rindió informe por engaño en el producto generación Porvenir en el caso de LAURA JIMENA SANDOVAL GONZALEZ, del cual se indica por parte de la Gerente de Auditoria de la pasiva en correo electrónico de 3 de septiembre de 2014 y que tiene por asunto prueba caligráfica asesor CINDY LORENA FRANCO, que el asesor está incumpliendo con las políticas establecidas por la compañía lo que genera esa clase de reclamación, además se anota que la asesora presenta 8 casos anteriores los cuales se han hecho 4 llamados de atención. (Fls. 46 y 47 - archivo contestación Cindy Lorena Franco Vs Porvenir S.A. - carpeta 02).

Adicionalmente, en el acta de descargos que se le realizó a la actora el 1º de septiembre de 2014 por los casos de FERNANDO ACOSTA COLMENARES y LAURA JIMENA SANDOVAL GONZALEZ, aquella aceptó que había realizado las afiliaciones de estas dos personas, que en el caso del primero el cliente dijo que la firma no era de él, pero tampoco era su letra; y para el segundo caso dijo que le dio los beneficios, pero que uso el término vinculación inicial. A la pregunta de si sabia por qué se habían presentado siete (7) quejas por no estar de

acuerdo con la afiliación, dijo que los estudiantes no tienen la misma atención que otros clientes y que están despistados, además aceptó que se le habían presentado quejas en otras oportunidades por engaño o falta de claridad en la asesoría. (Fls. 48 a 54 - archivo contestación Cindy Lorena Franco Vs Porvenir S.A. - carpeta 02).

Frente a tales quejas, se encuentra llamado de atención realizado a la actora de 9 de junio de 2014 por quejas interpuestas por DAVID NAVIA RIVERA, LAURA MARIA MOLINA AYALA y CAMILA FERNANDA ORTEGON LEÓN por las afiliaciones al fondo de pensiones demandado a la razón de una falta de información, de las cuales tuvo conocimiento el área de Talento Humano de la encartada el 13 y 28 de marzo y el 11 de abril de 2014, de quienes en acta de descargos de 14 de mayo de 2014 la actora aceptó haber realizado las afiliaciones de dichas personas y haber sido objeto de quejas en otras ocasiones por engaño o falta de asesoría. (Fls. 55 a 58 - archivo contestación Cindy Lorena Franco Vs Porvenir S.A. - carpeta 02).

En virtud de lo anterior, vale la pena destacar que para el análisis de la finalización del contrato de trabajo aquí analizado, se tuvo en cuenta lo establecido en el numeral 6º del literal a) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, que subrogó el artículo 62 del C.S.T., y que contempla como justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo por parte del empleador *“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 grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos”*.

Significa esto, que la disposición normativa en comento, consagra dos situaciones diferentes que se consideran como justas causas para la terminación del contrato de trabajo, siendo la primera cualquier violación grave de las obligaciones y prohibiciones que incumbe al trabajador de

conformidad con lo dispuesto en los artículos 58 y 60 del C.S.T., mientras que la segunda se circunscribe a las faltas graves que se califique en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.

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.

En esa medida, la ley permite que la conducta calificada como falta grave en pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, enmarcada en las causales previstas en la norma, genere como sanción por parte del empleador la terminación del contrato por justa causa, si las partes pactan expresamente que una falta es grave, o si así lo estipula el empleador en el reglamento, por lo que la justicia del trabajo no está habilitada para comprobar si ello es así o no, según se dijo en sentencia SL2267-2022.

Cabe agregar, que en sentencia SL785-2022, Radicado No. 85447 de 14 de marzo de 2022, se indicó sobre la calificación de la falta grave:

“Pues si bien es cierto que el empleador goza de libertad para aducir los motivos que estima justificantes de un despido, con independencia de que existan medios probatorios que los consagren con esa connotación, también lo es, que cuando para finiquitar el vínculo laboral se alega la ocurrencia de una falta que previamente ha sido calificada por la empleadora como grave, le corresponde a este aportar la fuente misma en que se le dio esa connotación, es decir, si fue en el contrato, el pacto o la convención colectiva, o el reglamento interno de trabajo, pues ante la calificación misma dada por las partes, al juez le está vedado referirse al respecto, y solo debe limitarse a verificar la ocurrencia de la conducta.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Tratándose de que la norma contempla dos hipótesis distintas, y no una sola, «De manera que en una carta de despido se pueden aducir ambas o sólo una de ellas», porque el juez plural en modo alguno sostuvo que ello no fuera así. Ello resulta válido, siempre y cuando sea plenamente identificable el hecho que motiva el incumplimiento de una obligación o prohibición, de un lado, y la falta endilgada, de otro, pues finalmente el motivo que se le exponga al trabajador, para dar por finiquitado el vínculo laboral, constituiría el mapa de ruta a efectos de determinar en la eventualidad de un proceso judicial, qué es lo que deberá demostrar el empleador y hasta dónde está delimitada la competencia del juez.

*Por último, en lo relativo a que «en caso de que en la comunicación de despido se aduzcan acciones y omisiones del trabajador que el empleador considera “**graves**”, el juez, de todas maneras y con independencia de si en los autos obra o no obra un contrato que las recoja con ese adjetivo o de si la subsunción normativa hecha por el patrono es afortunada o no, tiene la obligación de someterlas al escrutinio probatorio pertinente y también de calificarlas», porque ello solo es posible cuando la terminación del contrato, se soporta en el incumplimiento por parte del empleador, de las obligaciones y prohibiciones de que tratan los arts. 58 y 60 del CST.”*

Así entonces, advierte la Sala que la causal endilgada por el empleador según lo normado en el numerales 6º del literal a) del artículo 62 del C.S.T., se ajusta a un despido justo por la ocurrencia de una falta calificada como grave por las partes, como se indicó en la carta de terminación atrás referida; pues nótese que del análisis del caudal probatorio antes mencionado, es claro que contrario a lo que concluyó el juez de instancia, lo que motivó el despido de la gestora con justa causa, fue el que hubiese radicado un formulario de afiliación del señor OSCAR FERNANDO ACOSTA COLMENARES, con una firma que no correspondía a la de este, como bien lo entendió la demandada en su alzada, según los argumentos que expuso; lo cual se concluyó después de que éste presentara ante la encartada una queja alegando que la firma consignada en el formulario de afiliación no era la suya, afiliación que la actora aceptó haber realizado y el área de Auditoria de la enjuiciada corroboró que la firma en efecto no correspondía a la del potencial afiliado, como viene de verse.

En este punto, cabe anotar que frente al retracto que señaló la activa presentó el quejoso, y del cual se duele no fue tomada en cuenta en la decisión que dio

lugar al despido, no puede concluirse con total certeza que la misma haya sido conocida por la convocada a juicio, pues de las declaraciones del Representante Legal de la demandada y los demás testigos, se tiene que fueron contestes en aseverar que no tuvieron conocimiento de que el documento se haya radicado antes esa administradora, situación que tampoco se puede colegir del documento en cuestión que yace a folio 46 del archivo 01, pues no cuenta con radicado alguno de esa accionada.

Siguiendo con el análisis de la falta grave, se encuentra que los hechos expuestos en la carta de terminación del contrato se acompasan con la señalada en la cláusula sexta del contrato de trabajo, como causal grave que es suficiente para terminar el contrato de trabajo, contrario a lo aducido por la apelante en su alzada. (Fl. 9 - archivo contestación Cindy Lorena Franco Vs Porvenir S.A. - carpeta 02), la que en su literalidad a continuación se señala:

“SEXTA- OBLIGACIONES Y DEBERES ESPECIALES DEL TRABAJADOR(A). Teniendo en cuenta la particular importancia que reviste el cliente para una entidad de servicios como EL EMPLEADOR, EL TRABAJADOR(A) se obliga como parte de sus funciones, especialmente, a brindar el mejor servicio y atención en cada contacto que se genere con los clientes potenciales y con los afiliados a los fondos administrados por la Sociedad, así como a los respectivos empleadores en materia de Pensiones y Cesantías. Parágrafo Primero. - Lo anterior implica cumplirle al afiliado o cliente potencial la promesa de servicio de la Compañía, en los términos y condiciones ofrecidos en representación de PORVENIR, brindando información actualizada, veraz, oportuna, rápida y amable respecto de cualquier solicitud que el afiliado haga a este, relacionada con sus productos o servicios ofrecidos por el Fondo. Parágrafo Segundo: La selección de cualquiera de los regímenes Pensionales y la vinculación, es libre y voluntaria del afiliado, el formulario de afiliación y traslado debe contener siempre, la firma y la huella del cliente, resultado de una adecuada asesoría de acuerdo a lo indicado en el primer inciso de esta cláusula. En ningún caso el asesor, el empleador o cualquiera persona natural o jurídica diferente al cliente, puede suscribir por éste último un traslado de régimen o un traslado entre fondos de pensiones. Parágrafo Tercero. las partes expresamente disponen que la omisión y/o violación a las obligaciones y deberes mencionadas en esta cláusula constituye una falta grave a las mismas y constituye justa causa para terminación del contrato de trabajo de conformidad a lo preceptuado en el artículo 62 del C.S.T., subrogado por el artículo 7°



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

del decreto 2351 de 1965, literal a, numeral 6. *Adicionalmente las implicaciones penales que sigan en curso, aún en el evento en el que el asesor no se encuentra trabajando para PORVENIR S.A.” (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

Dicho esto, debe aclarar la Sala que si bien el *a-quo* en su decisión hace mención a la primera de las hipótesis contenidas en el numeral 6° del literal A) del artículo 62 del C.S.T., como lo adujo la impugnante, situación que para la Sala no es la que se ajusta al despido como ya se expuso, no puede soslayarse que en el *sub examine* la aplicación del principio *indubio pro operario*, no opera, pues la duda que obliga al juez a escoger la interpretación más favorable es respecto de normas y no aquella derivada de la valoración de pruebas, según se dijo en sentencia SL2997-2021, lo cual no es el caso que nos ocupa, como ya se ha explicado ampliamente.

Además, pese a que la carta de terminación del contrato indica que el despido se produce por la situación presentada a razón de la queja del señor ACOSTA COLMENARES y por “*los antecedentes disciplinarios en atención a quejas reiteradas*” de los clientes en contra del proceder de la gestora como asesora comercial, aspecto este último que resalta la impugnante, aduciendo que cualquier otra queja en su contra le fue perdonada, lo cual considera esta Colegiatura resulta acertado, pues no desemboca en un despido, según se desprende del llamado de atención que se le hiciera de 9 de junio de 2014 a la actora por otras quejas.

Lo cierto es, que tales acontecimientos en cierta medida le permitieron al empleador evidenciar que la falta al cumplimiento de las obligaciones y deberes especiales del trabajador era reiterativa, lo cual en el caso del señor ACOSTA ocasionó que la firma del formulario de afiliación no correspondiera a de ese supuesto afiliado a la administradora de pensiones demandada, reiterándose que tal hecho fue el motivo real de la terminación del contrato de trabajo con justa causa por falta grave, sin que nada tuviese que ver la posible comprobación de una conducta punible como se quiere hacer ver en la alzada.



Por último, no sobra advertir que contrario a lo sostenido por la apelante, no se incumple con el requisito de inmediatez en el despido, en tanto, la queja que presentó el señor ACOSTA COLMENARES fue conocida por el empleador el 6 de mayo de 2014 y el despido se produjo el 10 de septiembre de esa misma calenda, es decir, cuatro meses después, tiempo que resulta prudente para que el empleador haya efectuado las averiguaciones necesarias del caso en cada una de las dependencias de la compañía que intervinieron en el trámite antes de tomar una decisión definitiva, como se evidenció del material probatorio, pues el hecho que alguna de las dependencias demorara solo una hora, como lo manifestó el testigo DANILO BOLIVAR, no puede obviarse que no era la única área que intervenía, como ya se dijo.

Tales motivos son lo que llevan a esta Corporación a concluir que la terminación del contrato de trabajo de la demandante con justa causa se encuentra ajustado a derecho. Colorario de lo anterior, se confirmará la decisión de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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 3 de agosto de 2022, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante, y a favor de 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

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado



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

Ordinario Laboral 1100131050 02 2016 00130 01

Demandante: CIRO ANTONIO ROJAS AGUDELO

Demandado: COLPENSIONES, ASESORES EN DERECHO S.A.S.
como mandataria con representación de
PANFLOTA, FEDERACIÓN NACIONAL DE
CAFETEROS DE COLOMBIA como administradora
del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, FIDUCIARIA LA
FIDUPREVISORA S.A. como Vocera y
Administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ
y LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y
CRÉDITO PÚBLICO

Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero 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 5 de agosto de 2022 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor CIRO ANTONIO ROJAS AGUDELO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, ASESORES EN DERECHO S.A.S. como mandataria con representación de PANFLOTA, la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, la FIDUCIARIA LA FIDUPREVISORA S.A. como Vocera y



Administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ y LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, a fin de declararse que es beneficiario del régimen de transición preceptuado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, así como que cumple con los requisitos reglados en el Decreto 758 de 1990 para acceder a la pensión de vejez por aportes a partir del 9 de noviembre de 2011.

Asimismo, se declare que fue trabajador de la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A. hoy COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A., última quien pagaba a sus trabajadores de tierra la suma de tres meses de salario como primas extralegales de servicio según la convención colectiva, debiéndose tener en cuenta como base salarial para los aportes de la seguridad social en pensiones. Se declare que la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. no hizo los aportes obligatorios a pensión sobre las primas extralegales de servicio que constituyen salario, al igual que el antiguo ISS hoy COLPENSIONES fue omiso al no exigir el pago de los aportes pensionales sobre dichas primas de carácter extralegal.

Por consiguiente, se condene a COLPENSIONES a reliquidar y pagar la pensión de vejez en un incremento del 25% al tener en cuenta el mayor valor del salario base de cotización que corresponde por efecto de las primas extralegales que son salario de los últimos diez años, así como reliquidar la mesada pensional desde el 9 de noviembre de 2011, junto con los incrementos legales. Que se condene a COLPENSIONES al pago del 14% por personas a cargo en los términos del artículo 21 del Decreto 758 de 1990, ello con ocasión de su cónyuge GLORIA INÉS NARVÁEZ PULIDO.

Se condene a COLPENSIONES a pagar perjuicios morales y materiales por el incumplimiento en el pago de las mesadas pensionales y los incrementos por personas a cargo de conformidad con el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 estimados en 100 S.M.L.M.V., intereses moratorios desde el 2 de abril de 2012 bajo los lineamientos de la sentencia C-601 de 2001, más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

Como pretensiones de carácter subsidiario y con ocasión de la pretensión atinente al pago del 25% al tener en cuenta el mayor valor del salario base de cotización que corresponde a razón de las primas extralegales que son salario de los últimos diez años, se le condene solidariamente a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, matriz y controlante de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A., cancelarle a COLPENSIONES el título pensional o cálculo actuarial por el no pago de las cotizaciones sobre las primas extralegales de servicios de los últimos 10 años laborados en la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A.

También subsidiariamente, en lo concerniente al pago del 25% al tener en cuenta el mayor valor del salario base de cotización que corresponde por efecto de las primas extralegales que son salario de los últimos diez años en concordancia con la solidaridad argüida respecto de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, matriz y controlante de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A., se condene a LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO cancelarle a COLPENSIONES el título pensional o cálculo actuarial por el no pago de las cotizaciones sobre las primas extralegales de servicios de los últimos 10 años laborados en la referida COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A.

En últimas, en forma subsidiaria ante de la pretensión atinente al pago de intereses moratorios en los términos de la sentencia C-601 de 2001, se condene a COLPENSIONES pagar la indemnización preceptuada en el artículo 8º de la Ley 10 de 1972 e indexación.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que dentro de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. funcionó el sindicato ANEGRA, el cual mediante Resolución No. 007350 de 1992 emitida por el



MINISTERIO DEL TRABAJO se fusionó con la organización sindical de primer grado y de industria UNIMAR.

Al unísono, indicó que el Laudo Arbitral de 1971 que decidió el conflicto colectivo entre ANEGRA y la FLOTA MERCANTE GRAN COLOMBIANA determinó en el punto décimo primero que la empresa pagaría al personal afiliado a la referida organización sindical dos meses de salario integrado en junio y dos meses de salario para diciembre de cada anualidad por concepto de primas de servicios. Que la Convención Colectiva de Trabajo de 1986 estableció en su cláusula sexta que dentro de los dos meses de salarios integrados en diciembre de cada año que se pagan como primas de servicios se encuentra incluida la prima legal de servicios, así como que el régimen convencional vigente aplicable a los trabajadores de oficinas de la antigua FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A. hoy FLOTA MERCANTE S.A. que se encuentra extinguida precisa que se cancelan tres meses de salarios como primas extralegales de servicios y que constituyen salario.

Que el salario base de cotización de los trabajadores de la antigua FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A. hoy FLOTA MERCANTE S.A., se compone del salario básico, prima de antigüedad o móvil, horas extras o suplementario y el 25% de las primas extralegales que constituyen salario, pero a pesar de ello la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA no aportó al sistema de seguridad social integrado respeto de las primas extralegales de servicio, tópico que conllevó a que el MINISTERIO DEL TRABAJO a través de la Resolución No. 001201 de 1998 la multara a la compañía con sanción pecuniaria, y que el antiguo ISS mediante Oficio DJN-UP 05309 de 1998 la requiriera para el pago de dichos aportes, sin que la compañía se diera cumplimiento a lo respectivo.

Por otra parte, expuso que tanto él en calidad de demandante como su cónyuge señora GLORIA INÉS NARVÁEZ PULIDO en declaración extrajuicio indicaron la dependencia económica, por cuanto ella no labora ni percibe retribución económica alguna.

Que laboró al servicio de la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A. mediante contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 20 de agosto de 1979 y el 31 de marzo de 2008, así como que el régimen aplicable a su asunto se circunscribe a la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la organización sindical UNIMAR y la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA entre los años 1993 y 1998 que rige lo establecido en el Laudo Arbitral de 1971 y la Convención de 1986, puntualizando a su vez que como trabajador se le desvinculó de la compañía el 31 de marzo de 2008.

Destacó que desde el 1º de abril de 2008 no recibe remuneración salarial ni aporta al sistema de seguridad social, siéndole reconocida por parte del antiguo ISS pensión de vejez mediante Resolución No. 105236 del 15 de marzo de 2012 a partir del 1º de marzo de esa misma anualidad en cuantía de \$3.283.065, liquidación prestacional que se llevó a cabo sobre una base salarial de \$3.647.850, a la cual se le aplicó una tasa de reemplazo del 90%, pero a pesar de ello la pensión debió otorgársele desde el 9 de noviembre de 2011.

Que la resolución de reconocimiento pensional no incluyó dentro del salario base de liquidación los aportes obligatorios al régimen pensional que debieron efectuarse por concepto de las primas extralegales de servicio, tópico que le incrementaría su mesada pensional en un 25%.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones impetradas en su contra. Argumentó su defensa bajo el entendido que al demandante le fue reconocida pensión de vejez bajo la égida del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, reconociéndosele pensión de vejez según lo establecido en el Decreto 758 de 1990.

Asimismo, expuso que en atención de las políticas internas y según lo preceptuado en el artículo 13 del mentado Decreto 758 de 1990, la prestación pensional del demandante se reconoció a corte de nómina.



En lo que concierne a la reliquidación perseguida, refirió la entidad que los factores salariales no refleja el IBC argüido por el empleador, además que son factores decretados en una convención, por lo que según lo estipulado en el Acto Legislativo 01 de 2005, a partir de la vigencia de dicha normativa no se podía establecer condiciones pensionales diferentes a las contempladas en el sistema general de seguridad social.

Formuló como medios exceptivos los denominados cosa juzgada, inexistencia del derecho y de la obligación, inexistencia de la obligación al reconocimiento de incrementos pensionales, cobro de lo no debido, principio de buena fe, inexistencia de intereses moratorios, prescripción, innominada o genérica.

ASESORES EN DERECHO S.A.S. en su calidad de mandataria con representación de PANFLOTA refirió en su contestación que el patrimonio autónomo de PANFLOTA conforme al objeto contractual, se constituyó con la finalidad de que la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. como vocera y administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ administre los recursos de PANFLOTA y los destine al pago de las mesadas pensionales y al pago de los aportes a las EPS a cargo del CIFM y que administre las contingencias jurídicas que le sean entregadas, así como también atienda los gastos necesarios para cumplir estos objetivos de acuerdo con lo previsto en las cláusulas contractuales.

Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, innominada o genérica y la denominada oposición a la condena de costas y los presuntos perjuicios irrogados al demandante.

La FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. en su calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo de PANFLOTA refirió en su contestación que como fiduciaria no asumió la posición, ni es el subrogatorio, cesionario o sucesor procesal de la extinta FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A., como quiera que el vínculo contractual que existe gira en torno única y exclusivamente a la fiducia, de allí que exista un patrimonio autónomo denominado PANFLOTA, el cual se nutre y recibe recursos de la FEDERACIÓN



NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, máxime si se tiene en cuenta que sus obligaciones como fiduciaria gravita únicamente en administrar recursos y destinarlos para el pago de las mesadas pensionales y al pago de los aportes a las respectivas EPS.

Impetró las excepciones de cosa juzgada frente a la responsabilidad del patrimonio autónomo, falta de legitimación en la causa por pasiva, imposibilidad de realizar pagos distintos a los establecidos en el contrato de fiducia mercantil, inexistencia de la obligación y la innominada.

LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO adujo en su contestación oponerse a las pretensiones con el argumento que como ente ministerial y de conformidad con lo estatuido en el artículo 5º de la Ley 489 de 1998, se encuentra facultado exclusivamente para ejercer las funciones asignadas expresamente por la ley, dentro de las cuales no está la de reconocer, otorgar o reliquidar pensiones, y además carece de la facultad para definir controversias entre la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A. y sus ex trabajadores o socios de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA.

Además, refirió que debe tenerse en cuenta que desconoce la situación laboral y pensional del demandante frente a la extinta FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A., en la medida que no sostuvo una relación jurídica, ni vínculo laboral alguno con el actor.

Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa, inexistencia de vínculo jurídico, responsabilidad de la matriz FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, no aplicación del principio de responsabilidad subsidiaria del Estado, principio de legalidad, principio de especialización, buena fe y genérica.

La FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ relató en su contestación que nunca tuvo vínculo contractual con el demandante.



Al unísono, indicó que actúa en el presente asunto como administradora de una cuenta especial de naturaleza parafiscal, cuyos recursos cuentan con una destinación específica determinada por la Ley y el contrato de administración del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ suscrito con la Nación el 7 de julio de 2016, de allí que carezca de competencia para la afectación de recursos del fondo en fines no previstos legal y contractualmente, más aún cuando lo pretendido es el pago de cálculo actuarial de un título pensional que nada tiene que ver con el objeto y la destinación que constitucional y legalmente le fueron asignados a los recursos de dicho fondo, cuya titularidad corresponde a LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

Formuló los medios exceptivos denominados inexistencia de la obligación, buena fe, falta de legitimación en la causa, prescripción, pago y compensación y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 5 de agosto 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 no fue objeto de discusión en la litis que el demandante laboró al servicio de la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A. por el periodo comprendido entre el 30 de agosto de 1979 y el 31 de marzo de 2008, desempeñando como último cargo el de Profesional I, al igual que le fue reconocida pensión de vejez por el antiguo ISS mediante Resolución No. 105236 de 2012 de conformidad con lo establecido en el Decreto 758 de 1990 y a partir del 1º de marzo de 2012 con una tasa de reemplazo del IBL del 90%, en cuantía inicial de \$3.383.065.

En lo que atañe a la reliquidación pensional teniendo en cuenta como salario base de liquidación lo atinente a las primas extralegales de servicio que le fuesen canceladas por la extinta FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A. por valor de tres meses de salario conforme lo acordado en la Convención



Colectiva de Trabajo suscrita entre UNIMAR y la compañía en mención entre los años 1993 y 1998, expuso la *a-quo* que confrontado el caudal probatorio, más exactamente la hoja de vida del demandante, los desprendibles de nómina y la convención aportada, se aprecian pagos atinentes a la prima de antigüedad y prima móvil para los años 1997, 1998, 2005 y 2002.

A pesar de ello, verificada la Convención Colectiva de Trabajo vigente para el año 1993 que suscribiera la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A. y la organización sindical, no resulta procedente la aplicación de las normas extralegales para la aplicación de incidencia salarial de dichos rubros previa la liquidación de prestaciones sociales para efectos pensionales, toda vez que lo acordado entre la empresa y el sindicato hace referencia a la definición del salario para efectos laborales y no pensionales, por lo que la intención de quienes suscribieran dicha convención hubiese sido incluir dentro del ingreso base de la liquidación de la pensión esos emolumentos, los mismos debieron quedar determinados dentro del acuerdo convencional, aspecto que por demás fue definido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Por otra parte, frente a la calenda alegada por el demandante para el reconocimiento de la pensión de vejez, esto es, a partir del 9 de noviembre de 2011, refirió que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 758 de 1990 resulta necesaria la desafiliación del sistema para el disfrute de la prestación; circunstancia por la cual, detallada la historia laboral acreditada por COLPENSIONES, registra que la última cotización efectuada por el actor corresponde al mes de marzo de 2008 con el empleador FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A., calenda última en que ya cumplía con las semanas exigidas para el reconocimiento prestacional, al igual que nació el 9 de noviembre de 1951 conforme se extrae de la copia de su cédula de ciudadanía, cumpliendo así los 55 años de edad el 9 de noviembre de 2006.

Bajo este escenario, continuó exponiendo que no puede imputársele al demandante las razones expuestas por COLPENSIONES en el entendido que para el reconocimiento de la pensión de vejez será necesario acreditar la

desafiliación del sistema a efectos de disfrutar la misma y que para su liquidación debe tenerse en cuenta hasta la última semana efectiva de cotización, toda vez que atendiendo el criterio doctrinal emanado por el órgano de cierre, cuando en un proceso no obre prueba del acto de desafiliación del sistema, tal aspecto puede inferirse de la ocurrencia de varios hechos como lo es la terminación del vínculo laboral del afiliado, la falta de pago de cotizaciones, el cumplimiento de los requisitos pensionales, así como la solicitud de reconocimiento de la prestación que no deje en duda al afiliado en cesar su afiliación al sistema en procura del derecho pensional, por lo que, si bien en el reporte de semanas no se refleja la novedad de retiro del sistema por parte del actor, lo cierto es que esa situación se puede colegir de la voluntad del mismo al solicitar el reconocimiento de la pensión de vejez el 2 de diciembre de 2011, contando entonces la entidad con 4 meses para resolver lo pertinente al reconocimiento de la prestación.

No obstante, como quiera que la misma se reconoció a partir del 1º de marzo de 2012, el derecho otorgado se concedió en debida forma y dentro del término legal previsto en la ley, de allí que no hay lugar a reliquidar ningún derecho prestacional.

En lo que atañe al incremento pensional del 14% por personas a cargo en los términos del artículo 21 del Decreto 758 de 1990, más exactamente por la cónyuge del demandante señora GLORIA INÉS NARVÁEZ PULIDO, expuso que frente a la vigencia de dicha norma la Corte Constitucional y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si bien el demandante fue pensionado bajo la égida del referido Decreto 758 de 1990 por ser cobijado por el régimen transicional, lo cierto es que su derecho pensional se causó con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, lo que no da cabida al reconocimiento y pago de este tipo de incrementos.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Argumentó en su alzada que al plenario fue aportada con su correspondiente depósito la Convención Colectiva de Trabajo suscrita por el sindicato UNIMAR, la cual

tuvo una unión con la organización sindical ANEGRAN con el fin de ser una sola organización a partir de 1992, por lo que allí se hizo toda la recopilación de las normas que se encontraban vigentes, indicándose que para el caso del personal de tierra continuarían vigentes las convenciones, laudos, pactos y acuerdos anteriores.

Que por tal razón, el Laudo Arbitral de 1965 incrementó a un salario en junio y otro en diciembre la prima extralegal de servicios, al igual que en esa misma anualidad se efectuó el Pacto de Nueva York, el cual se encuentra vigente y que por demás para el año 1981 se indicó que era ley para las partes. También resaltó que en ese laudo se acordó que el incremento de esa porción de prima extralegal gozaba de connotación salarial, la cual se fue prorrogando en el tiempo hasta la actualidad.

Al unísono sostuvo que en el año de 1971 el Laudo Arbitral incrementó a dos salarios en junio y dos salarios en diciembre las primas extralegales de servicio, estableciéndose en la cláusula sexta de la Convención Colectiva de Trabajo de 1986 que entre los dos salarios a cancelar para los meses de junio y de diciembre respectivamente se encontraba la prima legal de servicios incluida, luego se encuentran tres salarios de carácter extralegal que claramente quedaron acordados en el acuerdo convencional como valor constitutivo de salario; circunstancia por la cual, desde los Decretos 3164 de 1964 y 1824 de 1965 se determinó qué constituía salario, qué era una prestación y qué era una pensión, por lo que para todos los efectos legales tales conceptos son los mismos y, por ende, tales rubros deben incluirse para efectos pensionales.

De otro lado, refirió que la inversión de la carga de la prueba para probar que esos factores no constituían salario debe recaer respecto del extremo demandado, aspectos todos que conllevan a que deba ordenarse el reconocimiento y pago de la reliquidación pensional perseguida en el petitum junto con la procedencia de los intereses moratorios.

En otro argumento, manifestó que goza de prosperidad el reconocimiento y pago del 14% como quiera que es un derecho inalienable.

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, y en atención a los puntualísimos aspectos reprochados por el extremo accionante en su recurso de alzada, la Sala como problema jurídico principal deberá auscultar si es procedente el reconocimiento y pago de la reliquidación pensional del demandante sobre el 25%, a razón de las primas extralegales que arguye ser constitutivas de salario, pero sin que fuesen tenidas en cuenta para efectos de cómputo pensional y, consecuentemente el pago de intereses moratorios.

Asimismo, como segundo problema jurídico la Sala deberá determinar si es procedente el reconocimiento y pago del reajuste pensional del demandante por personas a cargo de conformidad con lo estatuido en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 con ocasión a su cónyuge señora GLORIA INÉS NARVÁEZ PULIDO.

Como tercer asunto a dilucidar en caso de gozar de condena las súplicas interpuestas en la apelación, deberá determinarse el tipo de responsabilidad sobre las demandadas ASESORES EN DERECHO S.A.S. en su calidad de mandataria con representación de PANFLOTA, la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. en su calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo de PANFLOTA, la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ y LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

c. Del caso en concreto:

Previo a abordar los planteamientos jurídicos referenciados, es menester que este cuerpo Colegiado precise en primer lugar que no fue objeto de reproche que el aquí demandante señor CIRO ANTONIO ROJAS AGUDELO laboró al servicio de la extinta FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A. por el periodo comprendido entre el 20 de agosto de 1979 y el 31 de marzo de 2008, desempeñando como último cargo el de Profesional I (Fl. 21 – PDF 01 – EXPEDIENTE DIGITALIZADO).

Tampoco el hecho de que al actor mediante Resolución No. 105236 del 15 de marzo de 2012, le fue reconocida pensión de vejez bajo los apremios del Decreto 758 de 1990 por ser beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, prestación que fue otorgada a partir del 1º de marzo de 2012 en cuantía inicial de \$3.283.065 y luego de que le fuese aplicada una tasa de reemplazo del 90%, así como que mediante las Resoluciones GNR 292482 del 5 de noviembre de 2013, GNR 288257 del 17 de agosto de 2014 y VPB 24052 del 11 de diciembre de 2014, COLPENSIONES negó los recursos interpuestos por el demandante sobre el acto administrativo primigenio donde alegó la inconformidad de la reliquidación de su prestación a razón de las primas extralegales de carácter convencional que alega constituyen factor salarial (Fls. 478 a 480, 486 a 488, 498 a 502 y 504 a 509 – PDF 01 – EXPEDIENTE DIGITALIZADO).

d. De las primas extralegales como factor constitutivo de salario para efectos de cómputo de aportes pensionales:

Ahora bien, en lo que respecta a las primas de carácter extralegal, advierte la Sala en principio que, dentro del presente asunto yace plena prueba demostrativa que en vigencia de la relación laboral al aquí demandante la extinta FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA a razón de las distintas convenciones colectivas de trabajo en el tiempo canceló al actor primas denominadas antigüedad y móvil como lo fueron las anualidades de 1998, 1999, 2007, entre otros (Fls. 32 a 46 – PDF 01 – EXPEDIENTE DIGITALIZADO).

A pesar de lo anterior, si bien obran las diferentes convenciones y pactos que se suscribieran en el tiempo entre la organización sindical y la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA, especialmente la de 1993, de entrada, advierte la Sala que no goza de prosperidad la reliquidación perseguida.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en situaciones de similares condiciones, ha adoctrinado que en lo atinente a pagos de carácter convencional de trabajadores de la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA, como es el caso de primas extralegales, en ninguno de los acuerdos convencionales se reguló que pudiesen resultar constitutivos de factor salarial para situaciones referentes a aportes al sistema de seguridad social en pensiones, sino únicamente para incidencias salariales.

En sentencia SL1616-2022, Radicación No. 86856 del 11 de mayo de 2022, la cual trajo a colación decisiones precedentes por el mismo Órgano de cierre, se consignó lo siguiente:

“Pues bien, frente a la falta de valoración de la Convención Colectiva vigente para 1993 y, a la luz de lo que alega la parte recurrente, esto es que, conforme a dicho acuerdo extralegal los aludidos emolumentos deben integrar la base salarial a efectos de determinar la cuantía del cálculo actuarial que debe liquidar Colpensiones y cancelar a su favor la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia como administradora del Fondo Nacional del Café, debe advertir la Sala que, no resulta procedente la aplicación de las normas extralegales echadas de menos por la recurrente para la finalidad por ella buscada, habida cuenta que su incidencia salarial se previó para la liquidación de prestaciones sociales y no para efectos pensionales. Así por ejemplo, la cláusula 43 del acuerdo extralegal señala: (Subrayado por la Sala).

También se tendrán en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales los valores que paguen por trabajos de ayuda operacional que en la actualidad se liquidan a precio alzado (Baldeo de bodegas etc.).

(....)

Para la liquidación de las prestaciones sociales y de cualquier otro factor que constituya salario y que implique retribución de servicios, la empresa computará el valor de la alimentación que se

le suministre al trabajador, aplicando para cada caso las normas pertinentes del C.S.T.

La prima de antigüedad se seguirá computando como salario, durante la vigencia del presente laudo, para todos los efectos legales, como la liquidación de festivos, dominicales, horas extras, prestaciones sociales, etc.

Es decir, lo acordado entre el sindicato y la empresa hace referencia a la definición de salario para efectos laborales y no pensionales, por lo que si la intención de quienes suscribieron la convención colectiva de trabajo hubiese sido que el ingreso base de liquidación de la pensión o en este caso del cálculo actuarial se determinara de acuerdo a lo establecido en dicho precepto, así lo hubieran consagrado expresamente. (Subrayado por la Sala).

Al efecto, vale la pena traer a colación la sentencia CSJ SL 30 mar.2022, rad.68874, que memoró lo dicho en la providencia CSJ SL1982-2021, en la que se sostuvo:

De entrada habrá de decirse por esta Sala, que el Tribunal no incurrió en las infracciones fácticas que denuncia la censura, pues, por una parte, en lo relacionado con los factores a ser tenidos en cuenta para establecer el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación, lo que se advierte es que el instrumento convencional respectivo, en verdad, nada dijo sobre ello, sin que tal omisión o indeterminación conlleve, indefectiblemente, como lo formula la censura a que todos los conceptos y por todo su valor deban ser computados y promediados para la obtención del ingreso base pensional. Al respecto, esta Sala en diversas oportunidades al tratar asuntos con matices similares a los aquí abordados, particularmente en la sentencia CSJ SL3158-2017, dejó sentado lo siguiente:

*[...] En otros términos, dada la generalidad del acuerdo convencional y la ausencia de una mención expresa de los rubros que constituyen la base para liquidar la pensión de jubilación, no puede hablarse de derechos adquiridos, como lo pretende hacer ver el censor, pues en este caso corresponde acudir a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1 de la Ley 62 de la misma anualidad, en armonía con el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994, que modificó el artículo 6 del Decreto 691 de 1994, a fin de determinar los factores constitutivos de la base de liquidación; textos normativos en los que valga resaltar, no se enuncia la prima de vacaciones ni el subsidio de transporte peticionados por el actor, tal y como lo estimó la decisión atacada. De manera que en ningún yerro pudo incurrir el Tribunal al aplicar tales preceptos.
(...)*

En igual sentido, se pueden consultar, más recientemente las sentencias CSJ SL15715-2015; SL4349-2015 y SL12399-2016.

En efecto, el criterio anterior ha sido reiterado por esta Sala, al decidir múltiples casos de similares contornos al aquí estudiado,

particularmente, en tratándose de pensiones de jubilación convencional de servidores públicos donde el instrumento convencional nada dice de los factores a ser tenidos en cuenta para determinar la base salarial requerida para liquidar las respectivas prestaciones periódicas. En ese mismo sentido en la Sentencia CSJ SL4086-2017 la Corte señaló:

[...] En cuanto al segundo reparo, relacionado con los factores salariales que deben tenerse en cuenta para el cálculo de la pensión de la actora, es de señalar que cuando un convenio colectivo de trabajo consagra una pensión de jubilación sin establecer en concreto cuáles son aquellos que deben observarse para su liquidación, o cuando el instrumento colectivo en el que supuestamente se establecieron, no obra al plenario, en ningún yerro incurre el juez si con fundamento en las normas que regulan la materia, establece cuáles son los que lo integran

De la misma manera en la sentencia CSJ SL4086-2017, se señaló:

[...]Pues bien, sea lo primero destacar que la pensión reconocida a Cuartas Gil por Caprecom fue de origen convencional por lo que, en principio, es tal instrumento el que determina la forma de calcular el IBL así como los factores salariales que lo integran.

No obstante, al plenario no obra copia de la convención colectiva de trabajo, de modo que conforme lo ha establecido la Sala en reiteradas oportunidades, es menester acudir a los precisos términos que sobre el particular establezca la ley» (...).

En cuanto al segundo reparo, relacionado con los factores salariales que deben tenerse en cuenta para el cálculo de la pensión de la actora, es de señalar que cuando un convenio colectivo de trabajo consagra una pensión de jubilación sin establecer en concreto cuáles son aquellos que deben observarse para su liquidación, o cuando el instrumento colectivo en el que supuestamente se establecieron, no obra al plenario, en ningún yerro incurre el juez si con fundamento en las normas que regulan la materia, establece cuáles son los que lo integran”

En tal sentido, si bien el extremo accionante en su apelación insistió que las primas de carácter extralegal debían adoptarse como factor salarial, bajo el entendimiento de la línea jurisprudencial trazada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia tal tópico goza de asidero; sin embargo, también debe advertirse que de la interpretación efectuada al texto convencional la corte fue puntual en sede de casación en determinar que tales conceptos constitutivos de salario no podían aplicarse para cómputo de contingencias pensionales e incluso, para aplicación de cálculos actuariales, en la medida que no fue lo taxativamente definido por la organización sindical y la extinta FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA.

Por tal razón, a pesar de que el actor expone en su alzada que para el asunto de marras debe hacerse uso de las disposiciones normativas reguladas en los Decretos 3164 de 1964 y 1824 de 1965 que determinan fehacientemente los factores constitutivos de salario, inclusive para efectos pensionales, está desconociendo lo también adoctrinado por el órgano de cierre en el sentido que es deber del Juez realizar una interpretación armónica ajustada a la ley sobre las cláusulas o prerrogativas convencionales, pues de ello es que prima el resguardo al debido proceso y a la igualdad de las partes; circunstancia por la cual, la decisión de primer grado habrá de confirmarse sobre este aspecto, lo que a su vez conlleva a que ante la absolución resulte inoperante el estudio del reconocimiento y pago de los intereses moratorios perseguidos.

e. De la vigencia de los incrementos pensionales por cónyuge e hijos a cargo, de que trata el Decreto 758 de 1990:

Respecto del incremento pensional por personas a cargo, de que trata el Acuerdo 049 de 1990, para las personas que fueron pensionadas en virtud del régimen de transición que contempla la Ley 100 de 1993, se tiene que inicialmente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, estableció en múltiples pronunciamientos que los mismos se encontraban vigentes.

Así podía colegirse que los aludidos incrementos mantenían su vigencia, no obstante, no haber sido incluidos de manera expresa en el régimen de prestaciones que contiene el actual sistema pensional, de ahí, que al no estar expresamente regulados se entendía que conservaban su pleno vigor, al menos frente a quienes se reconoce el derecho al amparo del Decreto 758 de 1990, bien sea directamente o en aplicación al régimen de transición, como en el presente caso.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en providencia SL4051-2018, Radicación No. 60955 del 18 de septiembre de 2018, señaló:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Ha de indicarse el acierto que tuvo el juez de segundo grado al indicar que el incremento por persona a cargo consagrado en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, mantuvo su vocación de permanencia aún para las pensiones que fueron otorgadas bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993 y en aplicación de la transición prevista en su artículo 36. Lo anterior, toda vez que se encuentra ajustado a lo reiteradamente aducido por esta Corporación en su pacífica jurisprudencia, particularmente en providencias CSJ SL, 27 julio 2005, radicación 21517, CSJ SL, 5 diciembre 2007, radicación 29741 y CSJ SL, 10 agosto 2010, radicación 36345.

“Se precisa que dicho incremento no surge de manera automática por el simple hecho de que el pensionado se encuentre casado y tenga hijos menores de edad a su cargo. Por el contrario, para la procedencia en el aumento de 14% por concepto de cónyuge o compañera permanente, el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 exige que se acredite la condición de dependencia económica de esta [...]”

Postura que además se mantuvo en la sentencia SL809-2020, Radicación No. 68868, del 10 de marzo de dos 2020, en la que estableció:

“Al respecto, como primera medida, cabe recordar, que esta Sala ha considerado y es su criterio actual, la procedencia o pertinencia de los incrementos previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, para quienes les fue reconocida la pensión de vejez establecida en el artículo 12 del citado Acuerdo, aún después de la promulgación de la Ley 100 de 1993, por aplicación del régimen de transición consagrado en el artículo 36 ibídem. Así, quedó establecido en sentencias CSJ SL, 27 jul. 2005, rad. 21517, CSJ SL, 5 dic. 2007, rad. 29741, reiterada en CSJ SL, 10 ag. 2010, rad. 36345

De modo tal, que era razonable afirmar que la extinción del derecho a incrementar la pensión en los porcentajes señalados en los artículo 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990, por personas a cargo, eran objeto de prescripción en la medida en que entre la fecha del reconocimiento pensional o del cumplimiento de los requisitos, y la reclamación administrativa hubiese transcurrido un término superior a los tres años previstos en los artículos 488 del C.S.T. o 151 del C.P.T. y de la S.S., aunado a que los incrementos a que aluden los artículos del citado Acuerdo, no forman parte integrante de la pensión por no gozar de los mismos atributos, por lo que podían prescribir si no se reclamaban en tiempo.

Postura que había sido sostenida invariablemente por la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral desde la sentencia del 12 de diciembre de 2007, radicado 27.923, ratificada el 18 septiembre de 2012, en los radicados 40919 y 42.300 y en la sentencia del 23 de julio de 2014 radicado 57.367 y SL 2711 del 17 de julio de 2019.

De esta forma, y con fundamento en la doctrina probable emanada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, respecto a la vigencia de los incrementos pensionales por personas a cargo, es que esta Sala de Decisión se venía apartando de manera respetuosa de la sentencia SU-140 de 2019, a través de la cual la Corte Constitucional dictó la sentencia de reemplazo a la Sentencia SU-310 de 2017 que fuera anulada mediante Auto 320 de 2018; sin embargo, el máximo órgano de cierre de esta especialidad en sentencia SL 2061-2021 con Radicación No. 84054 de 19 de mayo de 2021, indicó sobre el particular:

“En relación con los incrementos pensionales por personas a cargo de que trata el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año, basta decir que esa norma fue objeto de derogación orgánica, en virtud de la expedición de la Ley 100 de 1993 y resulta incompatible con el artículo 48 de la CN, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005, tal como lo sostuvo la Corte Constitucional en sentencia CC SU-140-2019:

(...)

7. Conclusiones

De lo expuesto en esta providencia se concluye que, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto legislativo 01 de 2015.

De lo expuesto, obvio resulta que la reclamación es improcedente y, por tanto, se absolverá de ella a la demandada.”

Bajo ese escenario, la Sala se acoge dicha interpretación del órgano de cierre de esta especialidad, el que por demás se acompasa con la sostenida por la



Corte Constitucional, respecto a los incrementos pensionales por persona a cargo previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, que señalan que los mismos perdieron vigencia a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993 y solo tendrán derecho a aquellos, quienes se pensionaron con anterioridad al 1º de abril de 1994, por lo que esta Corporación pasa a analizar tal aspecto.

Una vez determinado lo anterior, como se advirtió en precedencia, se tiene que por medio de la Resolución No. 105236 del 15 de marzo de 2012, se reconoció pensión de vejez al demandante por ser beneficiario del régimen de transición en cuanto reúne los requisitos previstos en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, como quiera que contaba con más de 40 años a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, resultándole aplicable el Acuerdo 049 de 1990; en lo referente a la fecha de reconocimiento de la pensión, lo fue a partir del 1º de marzo de 2012, quedando además allí por sentado que el actor cumplió 60 años de edad el 9 de noviembre de 2011, aspecto última que se corrobora con la copia de su cédula de ciudadanía (Fl. 17 – PDF 01 – EXPEDIENTE DIGITALIZADO).

En virtud de lo anterior, en aplicación de la postura asumida recientemente por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que reseñó que los incrementos regulados en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 no se encuentran vigentes a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993, por lo que solo tendrán derecho a aquellos que se pensionaron con anterioridad al 1º de abril de 1994; desprendiéndose así que en el caso de autos el demandante al ser pensionado a partir del mes de marzo de 2012 respecto de su cónyuge señora GLORIA INÉS NARVÁEZ PULIDO, no tiene derecho a los incrementos por personas a cargo, en atención a que la norma que los consagraba no se encontraba vigente para la fecha del reconocimiento pensional.

En conclusión, la decisión de primer grado habrá de confirmarse en su integridad, de allí que la Sala se abstenga de efectuar el estudio de la solidaridad endilgada por el demandante respecto de las demandadas ASESORES EN DERECHO S.A.S. en su calidad de mandataria con



representación de PANFLOTA, la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. en su calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo de PANFLOTA, la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ y LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO ante la absolución de las súplicas de alzada.

COSTAS en esta instancia a cargo del demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000.

V. DECISIÓN

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

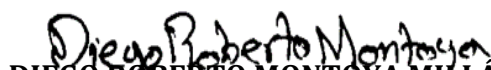
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 5 de agosto de 2022 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en las consideraciones de la presente decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000.

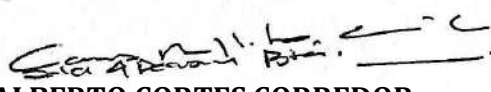
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
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 CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 **03 2018 00114 01**
Demandante: MARLEN ESTHER BERMEJO GUZMÁN
Demandado: FONDO NACIONAL DEL AHORRO,
OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.
EN LIQUIDACIÓN Y TEMPORALES UNO - A
BOGOTÁ S.A.S.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por la demandante y las demandadas, en contra de la sentencia proferida el 11 de mayo de 2022 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MARLEN ESTHER BERMEJO GUZMÁN, formuló demanda ordinaria laboral en contra del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN y TEMPORALES UNO - A BOGOTÁ S.A.S., con la finalidad que se declare que entre la actora y la demandada FONDO NACIONAL DEL AHORRO existió un contrato de trabajo en condición de trabajadora oficial, desde 5 diciembre de 2011 hasta el 7 de abril de 2015 sin solución de continuidad.

Como consecuencia de la anterior declaración, pretende se condene a quien corresponda a pagar las cesantías, los intereses a las cesantías, la sanción por no pago oportuno del auxilio a la cesantía, las vacaciones, las primas de

vacaciones y servicios; además, se reliquiden los aportes parafiscales y los aportes al sistema integral de seguridad social, se incluya en la liquidación los viáticos percibidos durante la relación laboral, se condene al pago de las primas legales y extralegales, la indemnización establecida en los artículos 51 y 52 del Decreto 2127 de 1945, la indexación de las acreencias adeudadas, los perjuicios materiales y morales, los viáticos causados en la suma de \$1.630.800, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, refirió que se vinculó al servicio del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, a través de TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.S., por medio de un contrato de trabajo por obra o labor desde el 5 de diciembre de 2011, el cual se prorrogó en varias ocasiones hasta el 30 de noviembre de 2014, y que con OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN, laboró del 1º de diciembre de 2014 hasta el 7 de abril de 2015, cuando esa accionada dio por terminado el contrato de trabajo de manera unilateral y sin justa causa; igualmente, señaló que el último cargo que desempeñó fue el de Administrativo I en las instalaciones del FNA en esta ciudad, en un horario de lunes a viernes de 8:00 a.m. a 5:00 p.m., devengando un salario mensual de \$1.890.000; asimismo, refirió que sus funciones siempre fueron las mismas y que su verdadero empleador fue el FNA demandado.

Precisó que en vigencia de la relación contractual jamás recibió órdenes e instrucciones por parte de las aludidas temporales, pues siempre lo fue por parte del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, siendo sus jefes directos DIEGO CANO, OMAIRA RODRÍGUEZ MAHECHA y FLOR ANGELA CÁRDENAS CALDERON, los cuales eran empleados de la mencionada entidad y quienes le daban órdenes.

Relató que los contratos de trabajo con las empresas de servicios temporales nunca fueron interrumpidos, acotando que para TEMPORALES UNO A S.A., laboró del 5 de diciembre de 2011 al 13 de marzo de 2012, del 14 de marzo de 2012 al 30 de enero de 2013, del 1º de febrero de 2013 al 17 de enero de 2014 y del 20 de enero al 30 de noviembre de 2014; entre tanto, para OPTIMIZAR SERVICIOS

TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN lo fue del 1º diciembre de 2014 al 7 diciembre de 2015, es decir, que prestó sus servicios por espacio de cuatro (4) años.

Agregó que durante la relación laboral fue enviada a diferentes ciudades a realizar capacitaciones por parte del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, las que enlista en los hechos de la demanda, junto con los valores que le fueron reconocidos para tal fin, viáticos que aduce no fueron tenidos en cuenta en liquidación de prestaciones al finiquito de la relación laboral.

Por último, indicó que el 15 de mayo de 2014 el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, le otorgó un reconocimiento por su compromiso y buen desempeño en su labor educativa con sus compañeros y que solicitó un préstamo en el año 2012 para compra de vivienda, por lo que el despido la afectó ya que a la fecha de presentación de la demanda tenía una deuda que ascendía a \$1.918.321. (Fls. 167 a 177 archivo 001).

1.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

El FONDO NACIONAL DEL AHORRO contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, bajo el entendido que la actora nunca ha tenido vínculo laboral alguno con esa entidad, ni como trabajadora oficial ni como empleada pública, lo cual se corrobora con los contratos comerciales que suscribió esa encartada con las empresas de servicios temporales convocados a juicio, en consecuencia, no adeuda suma alguna a la gestora, pues las acreencias que reclama fueron canceladas por sus empleadores TEMPORALES UNO-A BOGOTÁ S.A.S. y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES.

Formuló las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas al FONDO NACIONAL DEL AHORRO como empleador de la demandante, buena fe, compensación, improcedencia de doble pago por el mismo concepto y tiempo laborado y prescripción. (Fls. 167 a 177 archivo 001).

OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN, al contestar la demanda dijo que no se oponía ni se allanaba a la pretensión declarativa en tanto no estaba dirigida en su contra; en cuanto a las pretensiones de condena

dijo oponerse pues si bien sostuvo una relación laboral con la demandante bajo la figura del contrato por duración de la obra o labor determinada, prestando sus servicios en misión para la empresa usuaria desempeñando el cargo de Administrativo I del 1º de diciembre de 2014 al 7 de abril de 2015, la cual finalizó por terminación de la obra o labor para la cual fue contratada, habiéndose generado la respectiva liquidación de prestaciones sociales, sin que se adeude suma alguna a la gestora. Así mismo, señaló que si la actora consideraba que se le adeudaba acreencias laborales, debió hacerse parte dentro del proceso concursal dentro del término establecido, el cual venció el 10 de enero de 2017.

Como excepciones formuló las de inexistencia de la obligación, pago, buena fe, y la genérica. (Fls. 178 a 187 archivo 001).

TEMPORALES UNO - A BOGOTÁ S.A.S. por medio de curador *ad litem* contestó la demanda, indicando que se atenía a lo que se probara respecto de las pretensiones de la demanda. En cuento a los hechos de la misma, dijo no constarle. Propuso como excepción la genérica. (Archivo 004).

En este punto, es del caso mencionar que en audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., se le reconoció personería abjetiva para actuar al abogado designado por dicha sociedad.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 11 de mayo de 2022, declaró que entre la demandante y el demandado FONDO NACIONAL DEL AHORRO existió un verdadero contrato de trabajo a término indefinido, en la cual la primera ostentó la calidad de trabajadora oficial, desde el 5 de diciembre de 2011 y hasta el 7 de abril de 2015, y declaró probada parcialmente la excepción de prescripción y probada la de compensación.

Por consiguiente, condenó al FONDO NACIONAL DEL AHORRO a pagar a la actora la suma de \$7.432.050 por cesantías, \$3.654.000 por indemnización contemplada en el artículo 51 del Decreto 2127 de 1945, \$63.000 diarios a partir del 7 de julio de 2015 y hasta cuando se verifique el pago de las

prestaciones sociales por concepto de la indemnización contemplada en el artículo 1º del Decreto Legislativo 797 de 1949 modificatorio del artículo 52 del Decreto 2127 de 1945. Asimismo, condenó a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL y a TEMPORALES UNO-A S.A. como solidariamente responsables de las condenas impuestas, e igualmente las condenó en costas.

Para arribar a dicha conclusión, indicó de acuerdo a la naturaleza del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, al ser una Empresa Industrial y Comercial del Estado, sus servidores por regla general son trabajadores oficiales. De otro lado, señaló que no era objeto de discusión que la demandante prestó sus servicios a la referida entidad en el cargo de Administrativo I, como trabajadora en misión a través de TEMPORALES UNO-A S.A. y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, por medio de cinco (5) contratos.

Agregó, que el Representante legal de TEMPORALES UNO A S.A., aceptó en el interrogatorio de parte que la actora prestó sus servicios por medio de contratos de obra o labor del 5 diciembre de 2011 al 13 de marzo de 2012, del 14 marzo de 2012 al 30 enero de 2013, del 1º febrero de 2013 al 17 de enero de 2014 y del 20 enero al 30 noviembre de 2014. Asimismo, expuso que OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN desde la contestación reconoció que la demandante presto sus servicios por medio de contratos de obra o labor como trabajadora en misión del 1º diciembre de 2014 al 7 abril de 2015, además indicó el *a-quo* que el salario que devengó fue de \$1.890.000.

En virtud de lo anterior, concluyó que de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 167 del C.G.P., 53 de la Constitución Política, 20 del Decreto 2127 de 1995 aplicable a los trabajadores oficiales, 77 de la Ley 50 de 1990 y 6º del Decreto 4369 de 2006, la reiterada jurisprudencia del órgano de cierre de esta jurisdicción y de las pruebas recaudadas, se podía colegir que las empresas de servicios temporales demandadas habían fungido como simples intermediarias en el presente asunto, más aun si se tiene en cuenta que no cumplieron con los presupuestos que dan cabida al trabajo en misión y la vinculación de la demandante fue superior a un (1) año, por lo que declaró la

existencia de un contrato de trabajo entre la actora y el FNA del 5 de diciembre de 2011 al 7 de abril de 2015, ostentado la calidad de trabajadora oficial de acuerdo con el artículo 22 del Decreto 1132 de 1999.

Seguidamente, al analizar la excepción de prescripción que propuso el FNA, indicó que la relación laboral finalizó el 7 de abril de 2015 y la actora presentó reclamación administrativa el 17 de febrero de 2017, el auto admisorio de la demanda fue notificado dentro del año siguiente, por lo que las obligaciones distintas a las cesantías mantienen su vigencia, pero solo las causadas a partir del 18 de febrero de 2014, excepto las vacaciones que prescriben en cuatro años, es decir, que están vigentes las generadas del 18 de febrero de 2013.

Al examinar las pretensiones relacionadas con el pago de las acreencias, explicó que tal cálculo se realizó de acuerdo a las normas que rigen las relaciones laborales de los trabajadores oficiales, las cuales no contemplan el pago de intereses a las cesantías, ni las primas de servicios para esta clase de trabajadores, según el artículo 5º del Decreto 1045 de 1978 y la sentencia SL900 de 2022, por lo que absolvió de tal pedimento.

Frente a la excepción de compensación que formuló el FNA, señaló que debían ser compensadas las sumas que pagaron las empresas de servicios temporales.

Sobre el valor de los viáticos pagados indicó que los incluiría para liquidar las cesantías, pues así lo establece el artículo 45 de Decreto 1045 de 1978, empero, para el caso de las vacaciones y la primas de vacaciones, aclaró que la ley no dispone que la inclusión de tal concepto para su liquidación.

Al calcular las vacaciones señaló que tendría en cuenta los factores indicados en el artículo 17 del Decreto 1045 de 1978, y al realizar las operaciones aritméticas del caso estimó que ascendían a \$1.076.250, no obstante de acuerdo a la documental de folio 75 del documento No. 1, obraba copia del pago por ese concepto por \$816.375 a corte de 30 de enero de 2014 y que además en la liquidación se reconoció igualmente por ese importe \$333.375, recibiendo en total por vacaciones por el periodo no prescrito \$1.149.750, es decir, una suma superior a la determinada por el despacho, dando por compensada tal emolumento.

Frente a la prima de vacaciones, dijo que se adeudaba \$1.076.250, recordando que la ley no establece el pago de la prima de servicios para los trabajadores oficiales, rubro que sí había sido reconocido a la actora por parte de las ETS accionadas, concluyendo que tal acreencia se encontraba compensada con ese pago del cual recibió una suma superior a la obtenida por esa dependencia judicial.

En cuanto a las cesantías, dijo que pese a que se aportaron pagos por ese concepto, no se probó que la demandante estuviese afiliada a un fondo de cesantías, sin embargo recibió por ese concepto \$5.357.759 y \$57.500, por ende, condenó a pagar las cesantías causadas del 5 de diciembre de 2011 al 31 de diciembre de 2014, pues son las que debieron ser consignadas a un fondo de cesantías, dado que las causadas del 1º de enero al 7 de abril de 2015 fueron pagadas con la liquidación, compensó el valor pagado por ese segundo lapso, en cuanto al primer periodo condenó al pago de \$7.432.050.

Respecto al pago de la sanción por no consignación de las cesantías, señaló que no era extendible a los trabajadores del Estado y sobre la reliquidación de parafiscales dijo que no se probó cuales eran las razones para solicitar tal pedimento, además no se acreditó sobre qué valor se pagó y cuál debía ser el porcentaje a incrementar, absolviendo de tales pretensiones.

Sobre la indemnización establecida en el artículo 51 del Decreto 2127 de 1945, indico que establecía la indemnización por terminación del contrato de \$3.654.000, ya que el contrato inicio el 5 de diciembre de 2011, por lo que al contar plazos de seis meses en seis meses debió finalizar por lo menos el 4 de junio de 2015.

Sobre el pago de la sanción prevista en el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945 y de conformidad con la sentencia SL4330 de 2021, adujo que el fondo demandado pretendió encubrir la verdadera relación laboral con la gestora y que esa entidad tenía un plazo de 90 días para pagar las acreencias adeudadas, por lo que condenó al pago diario de \$63.000 sobre un salario \$1.890.000 desde el 7 de julio de 2015 hasta que se acredite el pago de las condenas impuestas.

Absolvió del pago de perjuicios materiales y morales al no estar acreditados en el trámite procesal y sobre la pretensión de pago de prestaciones legales y extralegales señaló que la actora no precisó de cuales se trataban, por lo que absolvió, misma decisión a la que arribó sobre el pago de la indexación de las acreencias laborales, ya que había ordenado el pago de la indemnización moratoria.

Frente a la solidaridad de las ETS convocadas a juicio, acotó que, si bien en el *petitum* no se solicitó nada al respecto, lo cierto es que la actora impetró la demanda en contra de estas para obtener el reconocimiento y pago de sus acreencias laborales, por lo que ello le permitía efectuar tal análisis; por ende, de acuerdo al artículo 35 del C.S.T. dichas demandadas son solidariamente responsables de las condenas impartidas. Finalmente, declaró parcialmente probadas las excepciones de prescripción y compensación y condenó en costas a las accionadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión, la parte demandante la apeló. Adujo encontrarse en desacuerdo con la condena impartida en los numerales séptimo y octavo de la sentencia relacionados con la condena solidaria de las temporales demandadas y el pago de costas.

Expuso que se había demostrado que OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. estaba en liquidación, lo cual señaló el representante legal en el interrogatorio de parte, quien manifestó que no adeudaba suma alguna, además en los créditos que aprobaron no se encuentra la demandante, por lo que solicita que las condenas se dirijan solo en contra del FONDO NACIONAL DEL AHORRO pues fue el único empleador y quien se benefició de los servicios que prestó la gestora; adicionalmente al estar en liquidación dicha temporal quedarían inanes las condenas impartidas en contra de aquella pues no tiene presupuesto para pagar, por lo que solicita se revoquen los aludos numerales de la sentencia.

EL FONDO NACIONAL DEL AHORRO, solicitó se revoque en su totalidad la sentencia en tanto no se demostraron los elementos que dan cabida al contrato realidad, pues lo que se evidencia es que las empresas de servicios temporales demandadas fueron los verdaderos empleadores de la actora, prueba de ello son los pagos que se le realizaron, pues los servicios que prestó la demandante a esa entidad lo fueron como trabajadora en misión, por lo que no puede predicarse la responsabilidad solidaria del contratista según lo dispuesto en el artículo 34 del C.S.T.

Agregó que entre las demandadas lo que se pactó fue el suministro y administración de personal para satisfacer necesidades de crecimiento y expansión del fondo, lo que difiere de la norma en cita, pues la relación se ciñó a lo preceptuado en el artículo 71 de la Ley 50 del 1990, sin que se haya demostrado en el proceso que las accionadas desnaturalizaron la figura de la intermediación laboral, lo que se prueba con los contratos comerciales suscritos entre el fondo y las ETS, ya que la demandante fue contratada para atender el incrementos de la producción de los entes públicos.

En cuanto a los pagos a los que fue condena en la sentencia de primera instancia, sostuvo que se está incurriendo en un doble pago por un mismo lapso, pues el fondo realizó unos pagos a la E.T.S., las que a su vez debían sufragar las acreencias al personal contratado, por lo que solicita la revocatoria en su totalidad de la sentencia de instancia.

En cuanto a la demandada OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES EN LIQUIDACIÓN, si bien la apoderada indicó en sus argumentos que no los enfilaba como un recurso, lo cierto es, que al finalizar su intervención dijo que tales términos dejaban expuesto su recurso.

Al respecto, indicó que se debía tener en cuenta que se encuentra en proceso de liquidación judicial el cual está por finalizar y que en vigencia de la relación laboral había cancelado las cesantías por lo que no debió ser condenada por ese aspecto. Además, solicita se tenga en cuenta que la actora no instauró la acción dentro de los dos años siguientes a la finalización de la relación laboral, por lo que no se puede emitir una indemnización por pago de prestaciones más

aún cuando se encuentra que ya fueron sufragadas y no está dentro del proyecto de calificación y graduación de créditos lo cual acepto la actora.

TEMPORALES UNO A S.A., en su apelación inició indicando que coadyuvaba la solicitud de revocatoria de la condena de solidaridad de las temporales que elevó la demandante y además por cuanto las creencias de las que se puede generar la solidaridad no pueden recaer sobre todo el tiempo que se concluyó en la sentencia, más aún si se tiene en cuenta que en vigencia de la relación laboral que sostuvo con la demandante hasta 2014 fueron canceladas en su totalidad, como lo señaló el juez de instancia, además la actora no realizó ninguna reclamación, pues la hizo al fondo por lo que no hay lugar a la solidaridad que se impuso, añadiendo que se demostró su buena fe e insistió en que se tenga en cuenta la manifestación de la demandante en la que insiste que las condenas deben ser solo frente al FONDO NACIONAL DEL AHORRO.

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 los recursos de apelación interpuestos por las partes, auscultará en primer lugar si la relación laboral declarada por el fallador de instancia respecto de la actora para con el FONDO NACIONAL DEL AHORRO deben confirmarse, o si por el contrario, no puede declararse a la primera como trabajadora directa de la encartada.

En caso de prosperar el primer planteamiento jurídico, deberá analizarse si es próspera la solidaridad endilgada a TEMPORALES UNO-A BOGOTÁ S.A.S. y a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN.

c. Del verdadero empleador:

Sea lo primero indicar, que no fue objeto de reproche en esta instancia que entre la demandante y TEMPORALES UNO - A BOGOTÁ S.A.S. y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN, se suscribieron diferentes contratos de trabajo por duración de la obra o labor contratada, en virtud de los cuales la actora se desempeñó como trabajadora en misión en el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, siendo el último cargo desempeñado el de Administrativo I y el último salario mensual percibido la suma de \$1.890.000, contratos que tuvieron los siguientes extremos temporales:

No.	TEMPORAL	INICIO	FINAL
1	UNO-A BOGOTA	5/12/2011	13/03/2012
2	UNO-A BOGOTA	14/03/2012	30/01/2013
3	UNO-A BOGOTA	1/02/2013	17/01/2014
4	UNO-A BOGOTA	20/01/2014	30/11/2014
5	OPTIMIZAR	1/12/2014	7/04/2015

Lo anterior, se demuestra con la certificación laboral expedida por TEMPORALES UNO - A BOGOTÁ S.A.S. de fecha 9 de agosto de 2016 y con la liquidación, el contrato de trabajo pactado por la demandante con OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN y la carta de terminación de contrato. (Fls. 19 a 23 y 122 archivo 001).

Aspectos que igualmente fueron corroborados por el fallador de instancia, quien en últimas concluyó que el verdadero empleador de la activa desde el 5 de diciembre de 2011 hasta el 7 de abril de 2014 fue el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, declarando así la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre la gestora y esa demandada en dicho lapso de tiempo; entidad que en su alzada reprocha tal determinación aduciendo que la contratación se ajustó a los presupuestos establecidos en el artículo 71 de la Ley 50 de 1990.

Bajo esa óptica, debe mencionarse 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 mismas están reguladas por la Ley 50 de 1990 en sus artículos 71 a 94.

En el artículo 77 de la citada disposición normativa, se establecen tres casos en los que la empresa usuaria puede contratar a una empresa de servicios temporales, que para lo que interesa en el presente caso y de acuerdo a los argumentos de la alzada, se trae a colación lo expuesto en su numeral tercero:

“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.”

Ello implica, 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 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 virtud de lo anterior, en el transcurrir del trámite procesal se recepcionó el interrogatorio de parte de la Representante Legal de la demandada OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN, quien aceptó que la actora suscribió un contrato de trabajo por obra o labor determinada con esa demandada del 1º de diciembre de 2014 al 7 de abril de 2015, con un salario de \$1.890.000, siendo su cargo el de Administrativo I y que el contrato señalaba que las órdenes, el horario y lugar de prestaciones estaban a cargo de la empresa usuaria. Que el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y esa demandada suscribieron un contrato de prestación de servicios para el suministro de personal en misión, que no le constaba si la actora se desplazaba a otras ciudades en desarrollo del contrato.

A su turno, el Representante Legal de la sociedad TEMPORALES UNO - A BOGOTÁ S.A.S., quien sostuvo que la actora suscribió con esa accionada, cuatro (4) contratos de trabajo como trabajadora en misión en el FONDO NACIONAL DEL AHORRO para desempeñar el cargo de Administrativo I, entre el 5 de diciembre de 2011 al 30 de noviembre de 2014, con un salario de \$1.890.000 y que no conoce del pago de viáticos a la demandante, pues no tuvo

conocimiento de viajes, por lo que no se tuvieron en cuenta para efectos de liquidar acreencias laborales.

Agregó que como trabajadora en misión la gestora prestó sus servicios en las instalaciones del FNA y que a razón del servicio temporal, recibía órdenes de la entidad por ser la empresa usuaria, lo cual está permitido por la ley; que no conoce el horario de la actora y que claramente las órdenes debieron provenir de personal del fondo. Que en vigencia de la relación laboral pagó las cesantías, los intereses sobre las cesantías, la prima de servicios, vacaciones y los aportes a seguridad social.

El testigo ALEXANDER MORA MURILLO aseveró que laboró para el FONDO NACIONAL DEL AHORRO como empleado de planta desde 1996 al 7 de marzo de 2015, en las áreas de cesantías y comercial; refiere que conoció a la demandante en tanto trabajaba en la entidad a través de las temporales que contrataba; que la accionante estaba en el área de cesantías y en un grupo que dictaba capacitaciones a los puntos del fondo a nivel nacional para afiliados fallecidos.

Manifestó no conocer de interrupciones del contrato de trabajo de la demandante, pues era práctica común del fondo contratar personal a través de las temporales o cambiar de temporales al mismo personal para desarrollar labores que desempeñan los empleados del fondo. Que entre las temporales en las que prestó servicios la actora estaban las encartadas y otras más.

Que no tiene claro los extremos de la relación laboral de la actora a través de temporales para el fondo, pero le consta que existían más de 1200 personas en las mismas circunstancias, al ser el presidente del sindicato; que las instrucciones la daban funcionarios del fondo entre las cuales estaban MARÍA CRISTINA LONDOÑO, DIEGO CANO y FLOR ANGELA CÁRDENAS.

A su vez, el testigo BLADIMIR PALACIO refiere que laboró para el fondo demandado a través de TEMPORALES UNO A de 2011 a noviembre de 2014 cuando se dio el cambio con OPTIMIZAR en la que ambos laboraron; que la demandante prestó servicios con la primera temporal hasta noviembre de 2014 en el área de cesantías y que viajaba a otras ciudades, y se desempeñó

hasta el año 2015 en las instalaciones del fondo en Las Américas, de lunes a viernes y en algunas ocasiones iba los sábados y domingos; que las órdenes las impartían los jefes del área de cesantías y créditos, quienes era empleados del FNA.

En tal sentido, y en atención al tiempo de contratación que se demostró tanto de la certificación emitida por TEMPORALES UNO-A BOGOTÁ S.A.S. y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES EN LIQUIDACIÓN, y de las demás pruebas recaudadas en el trámite procesal, entre ellas las declaraciones anteriormente referidas, concluye la Sala que la contratación realizada a la demandante a través de las Empresa de Servicios Temporales como trabajadora en misión al servicio del FONDO NACIONAL DEL AHORRO extralimitó la contratación de seis meses, prorrogables por un periodo igual conforme a los lineamientos establecidos para la contratación de esta figura, y que como se dijo, se encuentran claramente definidos en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, y que por demás la actividad desempeñada siempre fue sobre el giro ordinario de la entidad.

Ello conlleva, a que sea claro para la Sala que dentro del presente asunto se constituyó una indebida contratación, lo que conlleva a que sea el FONDO NACIONAL DEL AHORRO el verdadero empleador de la demandante en el lapso comprendido del 5 de diciembre de 2011 al 7 de abril de 2015, y las Empresas de Servicios Temporales convocadas a juicio, actuaron como simples intermediarios; por ende, hay lugar a declarar la existencia del contrato de trabajo a término indefinido entre la gestora y dicha demandada, conforme se determinó en la sentencia apelada, por lo que los argumentos de la recurrente no gozan de prosperidad.

En este punto, es menester mencionar que este Juez Colegiado no avizora que en el *sub examine* se presente un doble pago como lo alude en su alzada el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, respecto de los estipendios a los que fue condenado a pagar en la sentencia de primer grado, pues como viene de verse el fallador de instancia al estudiar la excepción de compensación que propuso esa entidad, se ocupó de verificar tal aspecto, siendo únicamente objeto de pago los conceptos que después de tal análisis encontró insolutos o, en su defecto que fueron objeto de la imposición de alguna indemnización. Tan es

así, que no procedió el pago de vacaciones o prima de vacaciones o la de servicios, por tal motivo es acertada la decisión del *a-quo* en ese puntual aspecto.

d. De la solidaridad del simple intermediario:

Huelga memorar que al haberse determinado que las demandadas OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN Y TEMPORALES UNO - A BOGOTÁ S.A.S. fungieron como simples intermediarios, fueron condenadas de manera solidaria por las condenas impartidas en contra del FONDO NACIONAL DEL AHORRO de conformidad con lo normado en el artículo 35 del C.S.T.

No obstante, la parte actora en su disenso solicita se revoque tal condena junto con la condena en costas impuesta a las referidas temporales, manifestación que de entrada esta Colegiatura desatará desfavorablemente, en tanto, el recurso de apelación solo puede interponerlo la parte a quien le haya sido desfavorable la providencia objeto de reproche, según lo dispuesto en el artículo 320 del C.G.P., aplicable por remisión normativa a los juicios del trabajo, situación que a las claras no es el caso de la gestora, pues la decisión del *a quo* en tal sentido le es favorable.

Precisado tal aspecto, procede la Sala a analizar lo referente a la solidaridad de las demandadas OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN Y TEMPORALES UNO - A BOGOTÁ S.A.S., en virtud de la alzada elevada por pasiva, recordando que en sentencia emitida por el órgano de cierre de esta jurisdicción con Radicación No. 38233 de 21 de febrero de 2012, se dijo sobre la imposición de solidaridad al simple intermediario que establece el inciso 3º del artículo 35 del C.S.T., que *“Dicho precepto solo reconoce la solidaridad del intermediario en las obligaciones respectivas para el caso de que este no le haya advertido al trabajador la condición en la que actuaba, como un mecanismo de protección de la confianza del trabajador frente a quien creyó era su empleador”*.

Al respecto, que ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sus decisiones, siendo una sentencia relevante en la materia la de Radicación No. 25717 del 22 de febrero de 2006, que expuso:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“En los cargos que se examinan conjuntamente se plantea, en síntesis, que la superación del término de la contratación de trabajadores en misión, de seis meses prorrogables hasta por seis meses más, genera una situación jurídica contractual diferente a la ficticiamente contratada, conforme a la cual la empresa usuaria pasa a ser el empleador directo de la trabajadora y la empresa de servicios temporales a ser deudora solidaria de las acreencias laborales, apoyado en razonamientos coincidentes expuestos en sentencia de 24 de abril de 1997, radicación 9435.

“Bajo el contexto enunciado, en opinión de la acusación le corresponde en este caso al INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL IFI –CONCESIÓN SALINAS- cancelar a la accionante las prestaciones sociales propias de los trabajadores oficiales.

“Planteamiento que resulta acorde con el criterio doctrinal sentado en la sentencia citada relativo a que frente a la contratación fraudulenta, por recaer sobre casos distintos para los cuales se permite la vinculación de trabajadores en misión, por los artículos 77 de la Ley 50 de 1990 y 13 del Decreto Reglamentario 24 de 1998, o, también, cuando se presenta el desconocimiento del plazo máximo permitido en estos preceptos, sólo se puede catalogar a la empresa de servicios temporales como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del C. S. del T., lo cual determina necesariamente que el usuario sea ficticio y por ende deba tenerse como verdadero empleador.

“Ello es así, en tanto las normas que regulan el trabajo humano son de orden público, luego los pactos que las infrinjan por ser ilegales o ilícitos se consideran ineficaces, de acuerdo con los principios intrínsecos que contienen los artículos 43 del C.S. del T.; común por su naturaleza tanto para las personas que presten sus servicios en el sector privado u oficial, 2º del Decreto 2615 de 1942 y 18 del Decreto 2127 de 1945, aplicables a los trabajadores oficiales, pero conforme al primero de los preceptos citados, todo trabajo ejecutado en virtud de un convenio ineficaz, que corresponda a una actividad lícita, faculta al trabajador para reclamar el pago de sus salarios y prestaciones legales.

“Es este entonces el sentido del criterio doctrinal expuesto en la sentencia rememorada, de 24 de abril de 1997, radicada con el número 9435, donde específicamente se dijo, lo siguiente:

“Pero esta irresponsabilidad laboral del usuario con referencia a los trabajadores en misión, supone que la E.S.T funcione lícitamente, o por mejor decir que su actividad se halle autorizada por el Ministerio del Trabajo (Ley 50 de 1990, Art. 82), pues de lo contrario la E.S.T. irregular solo podría catalogarse como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del C.S.T, de forma que el usuario ficticio se consideraría verdadero patrono y la supuesta E.S.T. pasaría a responder solidariamente de las obligaciones laborales conforme al ordinal 3 del citado artículo del C.S.T.

“Igualmente, aparte de las sanciones administrativas que procedan, el usuario se haría responsable en la forma que acaba de precisarse con



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

solidaridad de la E.S.T, en el evento de que efectúe una contratación fraudulenta, vale decir transgrediendo los objetivos y limitaciones fijados por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, bien sea en forma expresa o mediante simulación. Ello por cuanto las normas que regulan el trabajo humano son de orden público, de obligatorio acatamiento y la ilegalidad o ilicitud se sanciona con la ineficacia a las respectivas estipulaciones”.

“Bajo los derroteros trazados, en la decisión jurisprudencial aludida, claramente se colige que las entidades del Estado que desconozcan los límites de la contratación de trabajadores en misión también deben ser consideradas como empleadores de acuerdo con las reglas que determinen la clasificación de sus servidores; posición que tiene pleno respaldo en el principio de primacía de la realidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Nacional, toda vez que no puede entenderse nada distinto a que cuando una entidad del Estado contrata irregularmente trabajadores en misión que prestan directamente sus servicios para ella deban ser considerados como servidores suyos.

“Demuestra entonces la acusación que el juzgador de segundo grado se equivocó al considerar que en este caso la contravención del plazo y la prórroga a que se refiere el ordinal 3º del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 no determina que a la demandante se aplique el régimen propio de los trabajadores oficiales. Próspera en consecuencia la acusación. Por tanto, se casará la sentencia recurrida, en cuanto confirmó la decisión absolutoria de primer grado.”

Tal criterio doctrinal se ha venido manteniendo en el tiempo, como lo es en sentencias SL2037-2020, Radicación No. 47881 del 15 de mayo de 2020, SL178-2020, Radicación No. 66976 del 28 de enero de 2020, SL2710-2019, Radicación No. 58141 del 17 de julio de 2019 y SL4755-2021, Radicación 81043 de 20 de octubre de 2021; entre otras, lo que conduce a que la sentencia de primera instancia sea confirmada sobre este puntual aspecto.

Tales conclusiones, son las que permiten sostener que no resultan de asidero para la Sala el argumento sostenido por TEMPORALES UNO-A BOGOTÁ S.A.S. en su alzada, en el sentido de manifestar que no es procedente la solidaridad surgida de la declaración del contrato de trabajo con el FONDO NACIONAL DEL AHORRO como verdadero empleador; ya que es claro que, como Empresa de Servicios Temporales fue en inicio protagonista de la contratación realizada para con la demandante, siendo evidente el conocimiento de la indebida contratación que estaba efectuando en lo atinente a la extralimitación del periodo regulado en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, máxime que la solidaridad se encuentra legalmente consagrada para los eventos en que se acredite el actuar como simple intermediario, la cual no puede ser fraccionada

como lo pretende dicha encartada en el impugnación, ni analizada bajo los postulados de la buena fe, a lo que debe agregarse que condenas como las referente al pago de cesantías, solo se determinó por el periodo que la gestora laboró con esa encartada y las demás condenas refieren a indemnizaciones o sanciones.

De otro lado, tampoco son de recibo los argumentos de la convocada a juicio OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES EN LIQUIDACIÓN en su impugnación, en la que argumentó que se debía tener en cuenta que se encontraba en proceso de liquidación judicial el cual está por finalizar, situación esta última que no se encuentra acreditada en el plenario, y que tampoco es óbice para no imponer la condena solidaria que la ley establece al intermediario.

Finalmente, sobre los argumentos de las citadas encartadas relacionados con que la actora no elevó reclamación alguna dentro de los dos años siguientes a la finalización del contrato de trabajo, se encuentra que el operador judicial de primer grado analizó la excepción de prescripción que propuso el fondo demandado, de conformidad con lo establecido en los artículos 488 y 489 del C.S.T. en concordancia con lo preceptuado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S. y 94 del C.G.P.

Como corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte actora y las demandadas.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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 11 de mayo de 2022, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, de acuerdo a las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada. Fíjense como valor de agencias en derecho la suma de \$1.000.000, a cargo de cada una, 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

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
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 CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 **15 2021 00601 01**
Demandante: SANDRA SOFÍA MARÍA CHACÓN JIMÉNEZ
Demandados: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 28 de octubre de 2022 por el Juzgado Quince 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 SANDRA SOFÍA MARÍA CHACÓN JIMÉNEZ promovió demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin de declararse el traslado o afiliación que realizara con destino de Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de la referida PORVENIR S.A. es ineficaz, de allí que su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida a través de COLPENSIONES se mantuvo vigente y sin solución de continuidad.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por consiguiente, se le condene a PORVENIR S.A. que con ocasión de la declaratoria de ineficacia de su afiliación en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, traslade a COLPENSIONES todos los aportes, frutos, intereses, rendimientos y gastos de administración efectuados en su momento, así como que se conde a COLPENSIONES proceda a reactivar su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, aceptando y recibiendo el traslado de los aportes y demás contingencias, activando su correspondiente historia laboral. Asimismo, se les condene a las encartadas a lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 21 de noviembre de 1966, iniciando sus cotizaciones en la Caja de Previsión Social de Bogotá entre el 1º de marzo de 1989 y el 14 de febrero de 1992 y trasladándose al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PORVENIR S.A. en el mes de marzo de 2005.

Que los asesores de la AFP PORVENIR S.A. no le informaron de manera clara, cierta, oportuna y suficiente las consecuencias jurídicas que conllevaría el traslado de régimen, así como que llevaron a cabo una descripción de las características, ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, no se le efectuó una proyección pensional, la prohibición legal contenida en la Ley 797 de 2003, entre otros aspectos desinformativos que conducen a la declaratoria de la ineficacia.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. contestó la demanda la demanda argumentando como mecanismo defensivo que la afiliación realizada por la demandante ante sus dependencias fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada tal como se aprecia en la solicitud de vinculación, el cual demuestra la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993 y que se presume auténtico en los términos del artículo 243 y 244 del CGP, así como el Parágrafo del artículo 54 A del C.P.T. y de la S.S.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

COLPENSIONES por su parte refirió que teniendo en cuenta el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el mismo establece que la afiliación al sistema de pensiones debe ser y voluntaria, por lo que tales circunstancias deben presumirse como plenamente cumplidas al momento en que el demandante suscribió el correspondiente formulario de afiliación, el cual para la fecha en que ocurrió el traslado debía cumplir con las exigencias reguladas en el Decreto 692 de 1994.

Formuló los medios exceptivos de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 28 de octubre de 2022, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR INEFICAZ la afiliación o traslado efectuado por la señora SANDRA SOFÍA MARÍA CHACÓN JIMÉNEZ del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual a través de la AFP PORVENIR y como consecuencia de lo anterior ORDENAR a dicha AFP PORVENIR traslade los recursos o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual correspondiente a aportes, y rendimientos a la administradora de régimen de prima media COLPENSIONES, a esta que reactive la afiliación que en alguna época tuvo la señora demandante y acredite esos recursos como semanas efectivamente cotizadas, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiere trasladado al RAIS, consecuencia natural de esta ineficacia y conforme se expuso en la parte motiva.

SEGUNDO: NO CONDENAR EN COSTAS, ni a favor ni en contra de ninguna de las partes, conforme se expuso en la parte motiva.

TERCERO: Si la presente providencia no fuere impugnada, y dada la naturaleza jurídica de COLPENSIONES se remitirán las diligencias al superior para que las revise en el grado jurisdiccional de consulta.”

Para arribar a dicha conclusión, indicó que conforme lo ha adocinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde el año 2014 el

asunto como el presente debe analizarse a la luz de la ineficacia del traslado y no de nulidad.

Asimismo, indicó que atendiendo los postulados jurisprudenciales, le atañe a las AFP demostrar que al momento de la suscripción del formulario de la afiliación, hubiese suministrado una asesoría sobre las ventajas y desventajas entre cada uno de los regímenes pensionales, situación que no logró ser probada por PORVENIR S.A. al tenor de lo consagrado en el artículo 167 del C.G.P., pues el simple formulario de afiliación no suple dicha situación, máxime si se tiene en cuenta que la demandante en el interrogatorio de parte rendido nada advirtió sobre una asesoría ajustada a derecho conforme lo adocinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Absolvió por concepto de gastos de administración pues en su sentir los mismos no son objeto de devolución, en la medida que tienen su razón de ser tanto en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de financiar la logística personal y demás aspectos necesarios para efectuar la administración de dichos recursos, más aún si la misma Ley 100 de 1993 facultaba lo respectivo.

También adujo no ser procedente el pago de las pólizas de seguro o seguro previsional, ya que se tratan de unos recursos destinados a unos terceros cuya finalidad es proteger a los afiliados, recursos que son recibidos por una aseguradora o tercero de buena fe.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Mencionó su alzada sobre la procedencia de los gastos de administración, los seguros previsionales y las costas procesales.

Frente a los gastos de administración y los seguros previsional, adujo que con el nacimiento del acto ineficaz esas contingencias también deben ingresar en su integridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida puesto que así lo ha definido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en diferentes decisiones, y con cargo a los propios recursos de PORVENIR S.A.

En lo que atañe al pago de costas procesales, refirió que las demandadas deben al ser vencidas en juicio, deben ser condenadas sobre este concepto a la luz de lo estatuido en el artículo 365 del C.G.P., tanto así que ambas encartadas se opusieron a las pretensiones de la demanda.

COLPENSIONES expuso en su alzada que conforme doctrina de la Corte Suprema de Justicia, al declararse la ineficacia del traslado las AFP deben trasladar la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, lo que incluye los gastos de administración con cargo a sus propias utilidades, puesto que desde el nacimiento del acto ineficaz dichos recursos deben ingresar íntegramente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Al unísono, precisó que la ineficacia goza de efectos retroactivos, lo que significa que las partes deben devolver lo que percibieron con ocasión al negocio jurídico que trasgredió las prescripciones 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 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“[...] 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 que suscribiera la demandante con la AFP PORVENIR S.A. de fecha 1º de marzo de 2005 (Fl. 23 PDF 01 – ESCRITO DE DEMANDA y Fl. 98 PDF 14 – PORVENIR ESCRITO CONTESTACIÓN DEMANDA), en el cual se refiere que la decisión es libre y voluntaria, no obstante, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en indicar que no es prueba suficiente para afirmar que se le suministró al afiliado la información oportuna y veraz; así lo establece en la sentencia de tutela anteriormente citada: *“desde la sentencia CSJ SL, 09 Sep 2008, rad. 31989, la sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como <<la afiliación se hace libre y voluntaria>>, <<se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones>> u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.

De otro lado, en el interrogatorio de parte a la demandante tampoco se colige que haya confesado haber sido correctamente informada para trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; por el contrario, lo que expresó fue que se le afilió con ocasión a que asesores de PORVENIR S.A. se acercaron al lugar donde se encontraba laborando en ese entonces manifestándole que el ISS se extinguiría, por lo que sería más beneficioso guardar su contingencia pensional en el régimen privado, pero sin que se le hubiese brindado una asesoría como por ejemplo acerca de las implicaciones, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, o 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, entre otros; 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.

Además, puntualiza la Sala que por el hecho de que la demandante sea abogada, no es óbice para que atendiendo la carga probatoria que le asiste a las AFP sobre el deber de información y buen consejo, se le pueda endilgar o trasladar ese ejercicio de pruebas al potencial afiliado.

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



Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 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”*.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

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

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

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, 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. Por lo tanto, se adicionará la sentencia en este sentido y se ordenará a PORVENIR S.A. devolver los gastos de administración que haya percibido con ocasión de la afiliación de la demandante.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Respecto de la 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 dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

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

“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Adicionalmente, 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 adicionará la orden emitida en primera instancia, recogiendo cualquier criterio expuesto con anterioridad sobre el particular.

En lo atinente a la inconformidad que presenta la demandante frente al pago de costas procesales en primer grado respecto de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

De esa forma, al haber sido evidente que ambas demandadas se opusieron a las pretensiones de la demanda, además, otorgándoles a cada una de ellas ciertas órdenes con la finalidad de efectivizar la ineficacia del traslado declarado dentro del asunto de marras; es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR y MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, que quedarán así:

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS la afiliación efectuada y en consecuencia **CONDENAR** a PORVENIR S.A., a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a las sumas correspondientes a razón de 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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: REVOCAR el numeral segundo de la sentencia apelada, para en su lugar imponer CONDENA en costas de primera instancia a las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

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

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTÓYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
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 CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 **19 2019 00177 01**
Demandante: WILLIAM HOLMAN HERNANDEZ GONZALEZ
Demandados: COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero 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 20 de septiembre de 2022 por el Juzgado Diecinueve 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 WILLIAM HOLMAN HERNANDEZ GONZALEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., a fin de que se declare la nulidad de la afiliación y del traslado que realizó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS S.A., ante la omisión de esa demandada de su deber profesional de información.

Como consecuencia de tal declaración, se ordene su traslado y afiliación al régimen de prima media con prestación definida que administra COLPENSIONES como si nunca se hubiese dado su traslado de régimen. Se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

condene a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los dineros que recibió por cotizaciones y bonos pensionales, junto con todos los rendimientos, gastos de administración o cualquier otro emolumento, debiendo asumir de su patrimonio cualquier merma en su capital; igualmente, pretende que en caso de que COLFONDOS haya concedido pensión de vejez la siga sufragando y sea incluido en nómina de pensionados de COLPENSIONES. Finalmente, pretende se condene al pago de costas y agencias en derecho, más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que se afilió al sistema de seguridad social en pensiones a partir del 29 de abril de 1987, trasladándose del régimen pensional en el que se encontraba al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS S.A. el 21 de enero de 1999. Señaló que promotor de ese fondo se limitó a diligenciar el formato de afiliación, sin entregarle información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto a las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el régimen al que se estaba trasladando versus las consecuencias negativas o específicas de abandonar el régimen en el cual se encontraba cotizando para pensión y sus implicaciones sobre los derechos pensionales que debía tener en cuenta para tomar la decisión del cambio de régimen de pensiones.

Agregó que el fondo privado no le entregó proyecciones de su mesada en ambos regímenes pensionales, ni le informó sobre la forma en la que se construía y liquidaba la pensión en el régimen de ahorro individual, tampoco le informó del derecho de retracto. De otra parte, indicó que solicitó a COLFONDOS la información que le suministró al momento del traslado, sin recibir respuesta positiva a esa solicitud, además solicitó a COLPENSIONES y a COLFONDOS la anulación de su traslado a este último fondo, el que fue denegado por esa encartada, enfatizando que COLPENSIONES no había contestado su petición.

Señaló que según proyección, pudo evidenciar que su pensión en el régimen de prima media sería superior al que obtendría en el régimen de ahorro



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

individual con solidaridad, y que a la presentación de la demanda realiza cotizaciones COLFONDOS S.A. (Fls. 5 a 39 Archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas, refiriendo que la afiliación tiene validez en tanto obra como soporte de la misma, las cotizaciones efectuadas por el actor al fondo de pensiones accionado de manera libre, espontánea y voluntaria, además no obra soporte en el paginario de lo contrario, ni del vicio en el consentimiento alegado.

Formuló como medios exceptivos los denominados validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorio e indexación, compensación y la innominada o genérica. (Fls. 271 a 282 archivo 01).

Mediante auto de 26 de noviembre de 2020, se tuvo por no contestada la demandada a COLFONDOS S.A. al no haber subsanado la misma, e igualmente, se ordenó vincular de manera oficiosa a PROTECCIÓN S.A. (Fls. 351 a 352 archivo 01).

A su turno, PROTECCIÓN S.A. se opuso a todas pretensiones de la demanda, 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 el actor, 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, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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, la innominada o genérica, traslado de la totalidad de aportes a COLFONDOS y el traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFP convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen. (Archivo 02).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 20 de septiembre de 2022:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado del señor WILLIAM HOLMAN HERNANDEZ GONZALEZ, identificado con C.C No. 19.373.334, del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, identificada con NIT No. 800.149.496-2, realizado el día 01 de enero de 1999 conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado al demandante WILLIAM HOLMAN HERNANDEZ GONZALEZ, al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, desde el 29 de abril de 1987, hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS, a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante como son cotizaciones, aportes adicionales voluntarios, bonos pensionales junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, sumas debidamente indexadas al momento del traslado, y a COLPENSIONES le asiste la obligación de recibir dichas sumas.

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

QUINTO: Sin costas en esta instancia.”



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia hizo mención a los artículos 60 y 61 del C.P.T. y de la S.S., los artículos 164, 165 y 167 del C.G.P., y 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, entre otros. A su vez, señaló que la reiterada jurisprudencia del órgano de cierre de esta especialidad ha sostenido sobre los traslados de regímenes pensionales que son las administradoras las encargadas de garantizar a los usuarios que la elección sea libre y voluntaria con la entrega de la información completa y transparente acerca de los dos regímenes pensionales que le permitan elegir la entidad que más le favorezca según su situación pensional.

Explicó que la información no se debe brindar sólo a los beneficiarios del régimen de transición, pues las AFP tienen el deber de información para con todos sus afiliados sin hacer distinción alguna. Recordó que cuando el afiliado afirma no haber recibido la información por parte del fondo, la carga de la prueba se invierte, por tratarse de un supuesto negativo, de tal suerte que le corresponde a la AFP acreditar que sí cumplió con su deber de información, máxime cuando está en mejor posición de probar.

En ese orden, encontró que la AFP no aportó prueba alguna tendiente a demostrar que le informó a la afiliada sobre las implicaciones, crecimientos, condiciones y proyección del futuro de su pensión de vejez entre ambos regímenes, lo que demuestra que no le suministró una información veraz y completa, por el contrario, le brindó una falsa información asegurando la desaparición del ISS y manifestándole su conveniencia de pertenecer al RAIS, dándole una falsa expectativa. Agregó que los traslados horizontales no convalidan el traslado de régimen inicial, por lo que declaró la ineficacia del traslado y ordenó la devolución de las sumas que obran en la cuenta del actor, con los demás conceptos que señaló a COLPENSIONES, finalmente declaró no probada la excepción de prescripción, no emitió condena en costas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Indicó en su alzada que para el época del traslado del gestor solo se necesitaba la manifestación expresa y voluntaria para trasladarse, lo que plasmaba en el formulario de afiliación, por ende, no existía el deber de información, tampoco existían la Ley



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

1748 de 2014 y el Decreto Ley 2071 de 2015 cuando nace la doble asesoría a los afiliados, por lo que el caso se debe analizar bajo la luz de Ley 100 de 1993, de ahí, que analizar el caso bajo otras normas viola el debido proceso de esa demandada.

Destacó que el demandante ha permanecido en el RAIS más de 23 años, lo que viola el equilibrio financiero del sistema, precisando que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal dispuesta en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, el cual modificó lo preceptuado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Dijo que deben mantenerse las condenas impuestas referentes a la devolución total de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante por la AFP, como lo son cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, cuotas de seguros previsionales y cuotas de administración y los demás a que hubiere lugar, además solicita se adicione la sentencia en el sentido de tenerla por afiliada, solo hasta que se trasladen las sumas antes referidas y el fondo actualice sus bases de datos.

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, la Sala deberá auscultar 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“[...] 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 aporta el formulario de afiliación que efectuó el actor el 21 de enero de 1999, con COLFONDOS S.A., la que se hizo efectiva a partir del 1º de marzo de esa misma anualidad, como traslado de COLPENSIONES. Igualmente, se encuentra formulario de afiliación a COLFONDOS el 25 de febrero de 2009, efectivo el 1º de abril de 2009, lo cual se puede colegir del reporte SIAF. (Fls. 319, 321 y 324 - archivo 01). De la misma forma, yacen formularios de afiliación a SANTANDER e ING de 25 de febrero de 2005 y 31 de marzo de 2010, traslados que se efectivizaron el 1º de abril de 2005 y el 1º de mayo de 2010,



respectivamente; advirtiéndose que nuevamente se trasladó el 18 de mayo de 2012 a COLFONDOS S.A., según la certificación SIAF. (Fl. 324 -archivo 01).

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, el demandante en su declaración, señaló que empezó a cotizar en el año 1987 en el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y que en 1999 ingresó a la ESAP por medio de un contrato de prestación de servicios, en donde fue abordado por los asesores de los fondos, ya que tenía que pagar seguridad social para ingresar y llevar la afiliación, por lo que se afilia a COLFONDOS, precisó que posteriormente fue vinculado directamente por dicho empleador, que después se trasladó a otro fondo y que le ofrecían cosas banales como tarjetas de crédito sin cobro de cuota de manejo, indicó que suscribió el formulario de manera voluntaria, que el argumento para afiliarse al fondo inicial es que necesitaba entrar a laborar y tener un sueldo, por lo que fue abordado por un asesor en los pasillos del empleador, quien le preguntó que si necesitaba afiliarse a pensión y le ayudo con el trámite para poder pasar la copia de la afiliación a jurídica para iniciar a laborar, sin más información lo que no demoró más de cinco minutos, señaló que en esa época se hablaba de que el ISS se acabaría, y que solicitó su traslado a esa entidad, pero le negaron esa solicitud porque estaba a menos de diez años para pensionarse, que su motivación para trasladarse no es solo económico.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna de parte de la 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:*

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le



		conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado 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 la AFP COLFONDOS S.A. no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen del promotor, el cual ya existía desde la fundación de los fondos de pensiones, contrario a lo aducido por la impugnante. De otro lado, considera la Sala que no viene al caso ahondar en la prohibición de traslado de régimen del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, pues se itera que lo que aquí se analiza es la falta al deber de información al momento del traslado de régimen, por lo que no son de recibo los argumentos que esgrime la apelante en tal sentido.

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,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

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

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

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, 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 que hace mención COLPENSIONES, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

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

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

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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.

En tal sentido, la sentencia de primera instancia habrá de modificarse y adicionarse.

De otro lado, frente a la solicitud de COLPENSIONES de aclarar la sentencia en el sentido de precisar que solo se tenga como afiliado al actor hasta que se trasladen por parte del fondo las sumas ordenadas en las instancias, considera la Sala que no hay lugar a tal acotación, en tanto, se entiende que ello solo será posible, hasta que esa entidad reciba los dineros en cuestión y se actualicen las bases de datos de las accionadas.

SIN COSTAS en esta instancia.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales primero y tercero de la sentencia proferida el 20 de septiembre de 2022 por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:

SEGUNDO: DECLARAR INEFICAZ la afiliación efectuada y en consecuencia **CONDENAR** a la demandada COLFONDOS S.A. 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 la demandada PROTECCIÓN S.A. antes ING y SANTANDER, frente a la devolución a COLPENSIONES de los gastos de administración de los aportes efectuados por la demandante mientras estuvo afiliada a esas administradoras.

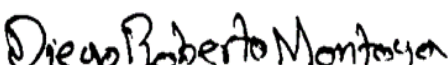
TERCERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en todo lo demás.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

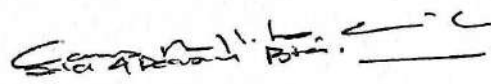
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 19 2020 00216 01
Demandante: GLORIA STELLA SIERRA HERNANDEZ
Demandados: COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES al abogado ELKIN FAVIAN CASTILLO CRUZ, identificado con cédula de ciudadanía 80.282.676 y T.P. 261.451 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 1º de noviembre de 2022 por el Juzgado Diecinueve 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 GLORIA STELLA SIERRA HERNANDEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., con el fin que se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

declare la nulidad o ineficacia de su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS S.A., por medio de la cual se trasladó del régimen de prima media con prestación definida y se declare en libertad de afiliarse nuevamente a dicho régimen.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a COLPENSIONES a recibirla como afiliada y a COLFONDOS S.A. la libere de sus bases de datos y traslade a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, tales como, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con los rendimientos que se hubieren causado, además se condene al pago de costas y agencias en derecho, más lo que resulte probado en uso de las facultades *extra y ultra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 22 de julio de 1954 e inició su vida laboral en julio de 1973 en la REGISTRADORA NACIONAL, realizando los aportes a CAJANAL, que se afilió al régimen de prima media con prestación definida administrado por el INSTITUTO DEL SEGURO SOCIAL el 1º de septiembre de 1979 en donde permaneció hasta el 8 de septiembre de 2000, cuando se trasladó a COLFONDOS S.A.

Relató que el asesor de COLFONDOS S.A., le ofreció el beneficio de pensionarse a temprana edad y que el INSTITUTO DEL SEGUROS SOCIALES iba a ser liquidado y que por ello sus aportes se encontrarían en riesgo, que el monto de su pensión sería más alto al que le otorgaría dicho instituto, que no fue informada sobre los requisitos para pensionarse en ese régimen, ni le informó sobre el plazo para retornar al régimen de prima media, ni elaboró una proyección de su mesada pensional en ambos regímenes, de esa forma, suscribió el formulario de afiliación No.7499298 a COLFONDOS S.A., el 8 de septiembre de 2000, estando al servicio de la REGISTRADURIA.

Expuso que el 30 de enero de 2020, COLFONDOS S.A. le indico que contaba con un capital acumulado de \$145.347.126 y que su pensión en el régimen de prima media sería superior al que obtendría en ese fondo. Por último, señaló que radicó reclamación el 30 de enero de 2020 ante COLPENSIONES y

COLFONDOS, solicitando la nulidad de la afiliación del traslado del régimen la cual fue denegada. (Fls. 1 a 24 Archivo 02).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones del escrito de demanda, aduciendo que dentro del expediente no obra prueba que permita colegir que a la promotora se le hizo incurrir en error por parte de la administradora de pensiones, o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, tampoco presento inconformidad sobre el traslado, al contrario se observa que las documentales se encuentra sujetas a derecho, y se realizaron de manera libre y voluntaria sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, igualmente en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 y la actora se encuentra inmersa en la prohibición de traslado de régimen reglado en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Propuso las excepciones de mérito de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (Archivo 03).

COLFONDOS S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones. Al respecto, señaló que brindó a la actora una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, además, la asesoró sobre las características y funcionamiento de ese régimen, sobre las diferencias entre ambos regímenes, y el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen. Además, dijo que la nulidad alegada no cumple los presupuestos de los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993.

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, validez de la afiliación al régimen de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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. (Archivo 04).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 1º de noviembre de 2022:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado de la señora GLORIA STELLA SIERRA HERNANDEZ, identificada con CC No. 41.602.397, del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, identificada con NIT 800.149.496-2, realizado el día 08 de septiembre del 2000 conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la demandante GLORIA STELLA SIERRA HERNANDEZ, al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, desde el 01 de septiembre de 1979, hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la AFP COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, junto con los rendimientos financieros causados incluidos los intereses y las comisiones, y sin descontar los gastos de administración con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, y las primas previsionales de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, sumas que deben ser debidamente indexadas donde a COLPENSIONES le asiste la obligación de recibir dichas sumas.

CUARTO: Costas en cabeza de COLFONDOS. (...)

Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia hizo mención a los artículos 60 y 61 del C.P.T. y de la S.S., los artículos 164, 165 y 167 del C.G.P., y 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, entre otros. A su vez, señaló que la reiterada jurisprudencia del órgano de cierre de esta especialidad ha sostenido sobre los traslados de regímenes pensionales que son las administradoras las



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

encargadas de garantizar a los usuarios que la elección sea libre y voluntaria con la entrega de la información completa y transparente acerca de los dos regímenes pensionales que le permitan elegir la entidad que más le favorezca según su situación pensional.

Explicó que la información no se debe brindar sólo a los beneficiarios del régimen de transición, pues las AFP tienen el deber de información para con todos sus afiliados sin hacer distinción alguna. Recordó que cuando el afiliado afirma no haber recibido la información por parte del fondo, la carga de la prueba se invierte, por tratarse de un supuesto negativo, de tal suerte que le corresponde a la AFP acreditar que sí cumplió con su deber de información, máxime cuando está en mejor posición de probar.

En ese orden, encontró que la AFP no aportó prueba alguna tendiente a demostrar que le informó a la afiliada sobre las implicaciones, requisitos, condiciones, lo que demuestra que no le suministró una información veraz y completa, por el contrario le brindó una falsa información asegurando la desaparición del ISS y manifestándole su conveniencia de pertenecer al RAIS, dándole una falsa expectativa. Por lo que declaró la ineficacia del traslado y ordenó la devolución de las sumas que obran en la cuenta de la actora, con los demás conceptos que señaló a COLPENSIONES, finalmente declaró no probada la excepción de prescripción y condena en costas a COLFONDOS S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Indicó en su alzada que para el época del traslado del gestor solo se necesitaba la manifestación expresa y voluntaria para trasladarse, lo que plasmaba en el formularios de afiliación, por ende, no existía el deber de información, tampoco existían la Ley 1748 de 2014 y el Decreto Ley 2071 de 2015 cuando nace la doble asesoría a los afiliados, por lo que el caso se debe analizar bajo la luz de Ley 100 de 1993, de ahí, que analizar el caso bajo otros normas viola el debido proceso de esa demandada la cual es un tercero de buena.

Destacó que el demandante ha permanecido en el RAIS más de 22 años, lo que viola el equilibrio financiero del sistema, precisando que el demandante se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

encuentra inmerso en la prohibición legal dispuesta en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, el cual modificó lo preceptuado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Dijo que deben mantenerse las condenas impuestas referentes a la devolución total de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante por la AFP, como lo son cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, cuotas de seguros previsionales y cuotas de administración y los demás a que hubiere lugar, además solicita se adicione la sentencia en el sentido de tenerla por afiliada, solo hasta que se trasladen las sumas antes referidas y el fondo actualice sus bases de datos.

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, la Sala deberá auscultar 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 vulnerada 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:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“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 aporta el formulario de afiliación que efectuó la actora el 8 de septiembre de 2000, con COLFONDOS S.A. como traslado de COLPENSIONES. (Fls. 59 archivo 02). 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 en su declaración señaló que un asesor de COLFONDOS llegó a su oficina y le dijo que iba a tener muchos beneficios en esa administradora, que su pensión sería más alta, que sería heredada y que se

podía pensionar de manera anticipada, que su bono se lo devolverían sin ninguna limitación, agregó que el asesor le dijo que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se acabaría, empero, no le explicó como obtendría esa mesada más alta, que su motivación para trasladase en la actualidad refiere a que se siente engañada, pues todo lo que le dijo el asesor no era verdad, precisó que no ha solicitado su pensión y que no le dieron más información sobre los regímenes pensionales.

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 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, 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:*

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la	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



	información, no 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 200, 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 de la promotora, el cual ya existía desde la fundación de los fondos de pensiones, contrario a lo aducido por la impugnante. De otro lado, considera la Sala que viene no viene al caso ahondar en la prohibición de traslado de régimen del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, pues se itera que lo que aquí se analiza es la falta al deber de información al momento del traslado de régimen, por lo que no son de recibo los argumentos que esgrime la apelante en tal sentido.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

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

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

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

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparea que COLFONDOS S.A. Deba devolver los 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 que hace mención COLPENSIONES, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien



administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

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

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

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

“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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.

En tal sentido, la sentencia de primera instancia habrá de modificarse y adicionarse.

De otro lado, frente a la solicitud de COLPENSIONES de aclarar la sentencia confutada en el sentido de precisar que solo se tenga como afiliada a la actora hasta que se trasladen por parte del fondo las sumas ordenadas en las instancias, considera la Sala que no hay lugar a tal acotación, en tanto, se entiende que ello solo será posible, hasta que esa entidad reciba los dineros en cuestión y se actualicen las bases de datos de las accionadas.

SIN COSTAS en esta instancia.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales primero y tercero de la sentencia proferida el 1º de noviembre de 2022 por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

SEGUNDO: DECLARAR INEFICAZ la afiliación efectuada y en consecuencia **CONDENAR** a la demandada COLFONDOS S.A. a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a las sumas correspondientes 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.

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

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 20 2022 00041 01
Demandante: RAÚL ALFONSO SALAMANCA SANABRIA
Demandados: COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce para actuar en representación de COLPENSIONES al abogado GUSTAVO ENRIQUE MARTÍNEZ GONZÁLEZ, identificado con cédula de ciudadanía 1.014.196.194 y T.P. 276.516 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 30 de noviembre de 2022 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor RAÚL ALFONSO SALAMANCA SANABRIA promovió demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A., a fin



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de declararse la ineficacia de la afiliación que realizara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de la referida PROTECCIÓN S.A., al existir engaño y asalto en su buena fe al momento del traslado, ignorándose por completo el grave perjuicio que le causaba, por lo que también se debe declarar que en todo momento se ha encontrado válidamente afiliado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

Por consiguiente, se condene a SKANDIA S.A. trasladar con destino a COLPENSIONES todos y cada uno de los aportes en pensiones que realizara en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, junto con las cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, junto con todos sus frutos e intereses de conformidad con lo establecido en el artículo 1746 del Código Civil, incluidos los rendimientos financieros que se hubieren causado.

Asimismo, se condene a COLPENSIONES aceptar el traslado y validar los aportes girados que vengan provenientes del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, incorporándolos en su historia laboral, lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita* y costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 5 de abril de 1962, iniciando cotizaciones al sistema general de seguridad social en el mes de noviembre de 1983.

Que en el mes de mayo de 1994, un asesor de PROTECCIÓN S.A. lo persuadió para que se trasladara de lo que en su momento era el ISS, hacia el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad como consecuencia del suministro de poca información al no referirle los pormenores que acarrearía el cambio de régimen pensional, como tampoco información detallada de cada uno de ellos.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

SKANDIA S.A. contestó la demanda argumentando que en lo que respecta a la afiliación efectuada por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Solidaridad ante sus dependencias se realizó siguiendo cada uno de los lineamientos del ordenamiento jurídico colombiano, proporcionándole la información suficiente con la finalidad de que tomara la decisión consiente de vincularse, máxime si se tiene en cuenta que de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes es libre y voluntaria, y que para el caso especialísimo del actor manifestó por escrito su selección al momento de la vinculación.

Propuso las excepciones de actos de relacionamiento, SKANDIA S.A. no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, el demandante 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 la genérica.

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, exponiendo que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente se le hubiese hecho incurrir en error ante la falta de información por parte de la AFP a razón de la afiliación que llevara a cabo en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad o que estuviese en presencia de algún vicio del consentimiento. Que en igual sentido, no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que existió una inconformidad por el actor.

Formuló los medios exceptivos 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

PROTECCIÓN por su parte, refirió que en lo que concierne a la afiliación del demandante ante sus dependencias debe entenderse como un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento, y de cualquier fuerza para realizarlo, como quiera que el formulario de afiliación que suscribió lo hizo en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, el cual por demás tiene la naturaleza de un verdadero contrato para las partes por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del fondo como del afiliado.

Formuló 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, reconocimiento de restitución mutua 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.

Aunado a lo anterior, SKANDIA S.A. elevó llamamiento en garantía respecto de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. con el argumento que el demandante se encuentra afiliado a sus dependencias desde el año 2008, por lo que dándose cumplimiento a lo estatuido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, suscribió con dicha aseguradora contratos previsionales con la finalidad de cubrir principalmente los riesgos de invalidez, vejez y muerte de sus afiliados, entre ellos el demandante, contrato previsional que tuvo como vigencia el periodo comprendido entre el 1º de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2018.

Que por tal razón y al haber trasladado a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. en cumplimiento de las disposiciones legales vigentes los conceptos dinerarios, primas para el cubrimiento de los riesgos de invalidez y muerte, en la actualidad no se cuentan con dichos recursos, de ahí que se necesite la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

vinculación de la aseguradora, puesto que en caso de condenársele a devolver los aportes a la demandada COLPENSIONES, junto con los gastos de administración de que trata el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, es la aseguradora quien debe responder por la contingencia.

Al haberse aceptado el llamamiento en garantía por parte del operador de instancia, fue por lo que MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. contestó manifestando que no intervino en la asesoría que SKANDIA S.A. llevara a cabo respecto del demandante, al igual que las primas recibidas por la AFP a razón del seguro previsional fueron legítimas en virtud del contrato pactado con la referida SKANDIA S.A., contrato que no adolece de vicio alguno y el cual habilita en razón a la ubérrima buena fe.

Propuso las excepciones de frente a la acción material ejercida por el demandante, la AFP SKANDIA carece de amparo y/o cobertura pues el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones, siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. no se encuentra obligada en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía a efectuar devolución de las primas ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ellas fueron legalmente devengadas y los riesgos estuvieron efectivamente amparados, a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante AFP SKANDIA, y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna, inexistencia de derecho contractual por parte de la AFP SKANDIA S.A., prescripción de la acción derivada del contrato de seguro y la denominada reconocimiento oficioso de excepciones.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 30 de noviembre de 2022, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por el señor RAUL ALFONSO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

SALAMANCA SANABRIA hacia la sociedad COLMENA hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., el 06 de abril del año 1994, y su posterior traslado horizontal a SKANDIA S.A., el día 11 de julio del año 2007; en atención a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

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

TERCERO: ORDENAR a SKANDIA S.A., devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones del afiliado RAUL ALFONSO SALAMANCA SANABRIA, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES EICE y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

CUARTO: CONDENAR en costas a las demandadas, la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., a SKANDIA S.A., y a la ACP COLPENSIONES a favor del demandante. Tásense por secretaría, incluyendo como agencias en derecho el equivalente TRES (3) SMMLV, pagaderos a cuota parte. Igualmente, CONDENASE en costa en contra de SKANDIA S.A., y a favor de MAPFRE S.A. Tásense por secretaría, incluyendo como agencias en derecho el equivalente UN (1) SMMLV..

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

SEXTO: De ser o no apelada la presente decisión, envíese ante el superior H. Tribunal de Bogotá Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.”

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

En cuanto a los gastos de administración, incluido el seguro previsional, el *a-quo* refirió que dichos conceptos no deben ser objeto de retorno, por cuanto están establecidos para ambos regímenes pensionales, se causan en las fechas de afiliación de cada trabajador o trabajadora a uno u otro fondo, y el seguro



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

previsional protegió a la afiliada contra los riesgos de invalidez y muerte, absteniéndose de imponer condena en tal sentido. Declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a las accionadas.

Frente al llamamiento en garantía formulado por SKANDIA S.A. respecto de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. lo negó, bajo el entendido que tal figura lo que permite es activar el cubrimiento de las contingencias cubiertas por la póliza, y el reembolso de los pagos realizados por concepto del seguro previsional surge del contrato de seguro, tópico que escapa de la controversia del juez laboral, de ahí que no impusiera alguna responsabilidad sobre la aseguradora llamada a juicio.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Indicó que al trasladarse el demandante del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al de Prima Media con Prestación Definida no se da cumplimiento a la prohibición legal dispuesta en la Ley 100 de 1993 de la que el demandante se encuentra inmerso, además que debe tenerse en cuenta que la libre permanencia del actor en el régimen privado ratifica cualquier vicio que llegase a ocurrir.

Que el negocio jurídico celebrado en su momento entre el actor y COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. fue una causa lícita, de manera libre y voluntaria, adicional a que, de retornarse el actor al Régimen de Prima Media con Prestación Definida se incurría en una afectación a la sostenibilidad financiera.

Por último, arguyó sobre la procedencia de la devolución de los gastos de administración teniendo en cuenta la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre lo pertinente.

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*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el 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 COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. el 6 de abril de 1994 y por intermedio de SKANDIA S.A. el 11 de julio de 2008 respectivamente (Fls. 53 y 76– PDF 01 DEMANDA Y ANEXOS, fl. 35 – PDF 04 CONTESTACIÓN SKANDIA S.A. y fl. 38 - PDF 07 – CONTESTACIÓN PROTECCIÓN S.A.), formularios que si bien refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, el aquí demandante señor RAÚL ALFONSO SALAMANCA SANABRIA 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 COLMENA hoy PROTECCIÓN 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; por el contrario, lo que manifestó fue que los asesores de entonces le indicaron de manera general que el ISS se extinguiría, 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, 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 al actor 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 PROTECCIÓN S.A., primera AFP donde se vinculó el 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, aspecto objeto de inconformidad por parte de la demandada COLPENSIONES en su disenso, 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 aparece 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, luego, acorde con tales consideraciones resultan prósperos los argumentos esbozados por COLPENSIONES en su alzada, por lo que en tal sentido habrá de adicionarse la sentencia confutada.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado que también alegó COLPENSIONES en su alzada, al cual hace alusión COLPENSIONES con su apelación, debe memorarse que 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 adicionará y modificará la orden emitida en primera instancia.

SIN COSTAS en esta instancia.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR los numerales segundo, tercero, cuarto y quinto de la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2022 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SKANDIA S.A., última donde en la actualidad se encuentra afiliado el demandante, a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto a las sumas correspondientes a rendimientos y comisiones por administración debidamente 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, entendiendo esto, el periodo en el cual estuvo afiliada a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A.

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 manera, deberá proceder PROTECCIÓN S.A., frente a la devolución a COLPENSIONES de los gastos de administración de los aportes efectuados por la demandante mientras estuvo afiliado a esas administradoras.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTÓYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
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 CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 21 2021 00394 01
Demandante: JULIO CÉSAR SÁNCHEZ BORDA
Demandados: UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN
 PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES
 DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero 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 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá el 11 de agosto de 2022.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JULIO CÉSAR SÁNCHEZ BORDA promovió demanda ordinaria laboral en contra de la UGPP, a fin que se la condene al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de carácter convencional a partir del 20 de marzo de 2015, de conformidad con lo establecido en el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el antiguo ISS y la organización sindical SINTRASEGURIDADSOCIAL el 31 de octubre de 2001, teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 75% del promedio de lo percibido durante el último año de servicios, incluyendo todos los factores de remuneración percibidos.

Asimismo, se condene a la encartada al pago de los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 20 de marzo de 2015 y hasta la fecha en que se verifique su pago como consecuencia de la

mora injustificada en el reconocimiento de la prestación, pago indexación, más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 20 de marzo de 1960 y cumplió 55 años de edad el mismo día y mes del año 2015, así como que laboró para entidades del servicio público contando con el tiempo laborado al extinto ISS un total de 1054 semanas equivalentes a 20 años, 5 meses y 28 días.

Que durante el tiempo laborado al ISS ostentó la calidad de trabajador oficial, al igual que a la entrada en vigencia del Decreto 1750 de 2003 contaba con más de 20 años de servicios a entidades del servicio público.

Al unísono, expuso que se encuentra afiliado a la organización sindical SINTRASEGURIDADSOCIAL, la cual suscribió con el ISS una Convención Colectiva de Trabajo el 31 de octubre de 2001 con vigencia diferencial de conformidad con lo establecido en el artículo 2º, siendo beneficiario de la pensión de jubilación de carácter convencional conforme lo regulan los artículos 98 y 101 del acuerdo convencional.

De otra parte, sostuvo que de conformidad con lo estatuido en el Decreto 1750 de 2003, se escindió el ISS y se crearon unas empresas del Estado, entre ellas la ESE LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO, al igual que el mentado Decreto dispone que los servidores públicos que a la entrada en vigencia de tal normativa se encontraran vinculados a la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud, a las Clínicas y a los Centros de Atención Ambulatoria del ISS, quedarían inmediatamente incorporados y sin solución de continuidad en la planta de personal de las Empresas Sociales del Estado creadas, y que los servidores que sin ser directivos desempeñen funciones de mantenimiento de la planta física hospitalaria y de servicios generales conservarían la calidad de trabajadores oficiales.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por último, refirió que mediante Resoluciones RDP 040886 de 2017, 046773 de 2017 y 048225 de 2017 la UGPP negó el derecho pensional aquí pretendido, quedando así agotada la reclamación administrativa.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La UGPP contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra. Argumentó que el Acto Legislativo 01 de 2005 estableció que existe un derecho adquirido a la pensión cuando se han reunido todos los requisitos para su causación, aunque la prestación no haya sido reclamada.

Que para el asunto de marras, el demandante pretende le sea reconocida una pensión conforme a la Convención Colectiva de Trabajo 2001-2004 celebrada entre el ISS y la organización sindical SINTRASEGURIDADSOCIAL, sin tener en cuenta que para adquirir la prestación es requisito ineludible que el trabajador oficial demuestre 20 años de servicio y cumplir 55 años de edad en caso de ser hombre, antes del 31 de julio de 2010, por lo que el demandante cumplió la edad pensional en el año 2015, de ahí que no sea procedente acceder a las pretensiones estimadas por el actor.

Formuló las excepciones denominadas a partir del Acto Legislativo 01 de 2005 las pensiones se causan siempre y cuando se reúnan todos los requisitos para causar las pensiones y de conformidad con las leyes del sistema general de seguridad social en pensiones, ausencia de fundamentos jurídicos – el demandante no cumple con los requisitos contemplados en el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre el sindicato de trabajadores SINTRASEGURIDADSOCIAL y el ISS – no es procedente el reconocimiento pensional convencional por lo expresamente regulado en el Acto Legislativo 01 de 2005 y las sentencias SU – 897 de 2012; SU 555 de 2014 y SU 086 de 2018 de la Corte Constitucional, pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES – imposibilidad de tener derecho a dos pensiones de vejez – incompatibilidad pensional, prescripción, buena fe y la innominada.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 11 de agosto de 2022 declaró probada de oficio la excepción denominada no cumplimiento de los requisitos del artículo 469 del C.S.T. respecto de la acreditación del depósito de la Convención Colectiva de Trabajo, por lo que absolvió a la UGPP de las pretensiones endilgadas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia manifestó en primer lugar ser necesario auscultar que la Convención Colectiva de Trabajo objeto de análisis cuente con la nota de depósito ante el Ministerio de Trabajo, requisito indispensable para poder generar los derechos en ella contemplados como quiera que el artículo 469 del C.S.T. impone el cumplimiento de tal actuación.

Que en tal sentido, la parte demandante acreditó al plenario el documento denominado Acuerdo Integral de Gobiernos y la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL 2001-2004, pero sin que se aportara el acta o la nota de depósito de dicho acuerdo convencional por parte del ente ministerial, por lo que de conformidad con lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tal situación a la luz del C.S.T. se define como un acto solemne, por lo que al no existir la copia del depósito, carga de la prueba que por demás le correspondía demostrar al extremo accionante en los términos del artículo 167 del C.S.T., debe absolverse a la entidad de las pretensiones endilgadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Argumentó en su alzada que cumple a cabalidad con los requisitos de los artículos 98 y 101 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL, por lo que atendiendo el principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecida en el artículo 53 de la Constitución Política debe darse prevalencia a lo que surge en la práctica de las pruebas.

Que se encuentra probado dentro del plenario que se cumplen con los requisitos de la convención, así como que se encontraba afiliado al sindicato SINTRASEGURIDADSOCIAL, dejándose por sentado con el escrito demandatorio que se allegaba copia simple de la convención, existiendo un

error por parte del Juzgado quien no verificó si se encontraba o no la copia del depósito, como tampoco lo enrostró cuando inadmitió la demanda.

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, en atención de la decisión adoptada en primera instancia la Sala deberá entrar a dilucidar los siguientes problemas jurídicos:

- (i) Auscultar si la falta del depósito de la Convención Colectiva de Trabajo objeto de análisis para el derecho pensional perseguido que suscribiera el extinto ISS con la organización sindical SINTRASEGURIDADSOCIAL el 31 de octubre de 2001 en los términos del artículo 469 del C.S.T., resulta ser suficiente para no abordar las pretensiones del demandante conforme a lo establecido por la operadora de instancia.
- (ii) En caso de prosperar el estudio del texto convencional, deberá determinarse si al demandante señor JULIO CÉSAR SÁNCHEZ BORDA cumple con los requisitos contemplados en el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo objeto de reproche para acceder a la pensión extralegal por parte de la encartada UGPP, junto con el reconocimiento y pago de la indexación, intereses moratorios y costas procesales.

c. Del caso en concreto:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Previo a desatar los anteriores problemas jurídicos, sea lo primero indicar que no fue objeto de reproche que en virtud de los derechos pensionales de carácter convencional perseguidos por el demandante señor JULIO CÉSAR SÁNCHEZ BORDA, el mismo acreditó al plenario copia de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el extinto ISS y la organización sindical SINTRASEGURIDADSOCIAL en el mes de octubre de 2001, pero sin que dicho texto convencional cuente con la constancia de depósito ante el Ministerio del Trabajo, requisito indispensable y de imperiosa ritualidad de conformidad con lo estatuido en el artículo 469 del C.S.T. (Fls. 23 a 65 – PDF 01 DEMANDA Y ANEXOS y fls. 41 a 83 – PDF 06 SUBSANACIÓN DEMANDA).

d. Del depósito del texto convencional a la luz del artículo 469 del C.S.T.

Al respecto, el artículo 469 del C.S.T. señala:

***“ARTICULO 469. FORMA.** La convención colectiva debe celebrarse por escrito y se extenderá en tantos ejemplares cuantas sean las partes y uno más, que se depositará necesariamente en el Departamento Nacional de Trabajo, a más tardar dentro de los quince (15) días siguientes al de su firma. Sin el cumplimiento de todos estos requisitos la convención no produce ningún efecto.”*

Ahora, si bien de entrada podría presumirse la confirmación de lo decidido en primera instancia ante la falta de la acreditación del depósito ante el ente ministerial, no puede soslayarse que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adocinado que en atención de la confesión dispuesta en el artículo 191 del C.G.P., si el extremo accionado durante el trámite procesal no desconoce ni refuta el texto convencional resulta innecesario el requisito del depósito ante la aceptación del mentado texto. Así lo ha expuesto el órgano de cierre en diferentes decisiones, siendo una de ellas la sentencia SL811-2022, Radicación No. 84228 del 16 de marzo de 2022 donde arguyó:

“El problema jurídico que debe resolver la Corte en esta oportunidad, radica en dilucidar si el fallador de segundo nivel se equivocó al concluir que el único texto de la convención colectiva de trabajo traído al proceso, invocada como fuente de los derechos reclamados, carece de eficacia probatoria, en tanto no se aportó prueba del depósito en la oportunidad legalmente prevista.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Entre los folios 52 y 103, milita el único ejemplar de la convención colectiva de marras. Se trata de una fotocopia simple de la suscrita entre Cervecería Unión S.A. y la organización sindical Sintracervunión, para el periodo 2014 -2016. En efecto, ninguna dificultad se presenta para colegir que no cuenta con la nota de depósito exigida por el artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo.

Revisado el escrito de réplica a la demanda inicial, al responder al hecho 1.12, expresamente Cervecería Unión S.A. aceptó su existencia y, ciertamente, así quedó definido en la fijación del litigio.

La Corte ha asentado que tanto la demanda inicial como su respuesta, no son rigurosamente un medio de prueba, pero que pueden contener confesión que favorezca a la contraparte o desfavorezca a quien la realiza, en virtud de la preceptiva contenida en el artículo 191 del Código General del Proceso (CSJ SL1218-2021).

En ese orden, brota evidente que el Tribunal cometió el desacierto fáctico que le endilga la censura, en la media en que, como se vio, la sociedad accionada, sin ambages, aceptó la existencia de la convención colectiva de trabajo. En sentencia CSJ SL20037-2017, la Sala discurrió:

Ahora bien, aun cuando con insistencia la Sala ha reiterado que la nota de depósito de las convenciones colectivas resulta ser un requisito indispensable para poder generar los derechos en ella contemplados, toda vez que el artículo 469 del C.S.T impone el cumplimiento de tal actuación incluso exigiendo que se haga en el término de 15 días siguientes a la suscripción del acuerdo, como se dijo, por ejemplo, en las sentencias SL 3495 – 2014, SL4427 – 2014 y SL 930 – 2014, presupuesto que además y contrario a lo afirmado por el recurrente, en el expediente cuenta con el debido respaldo, es de advertir que el tema relativo a la validez de la Convención Colectiva en que se amparó el Tribunal para resolver la controversia, no fue planteado al contestar la demanda como argumento de ataque, ni se vislumbró en el desarrollo del proceso, ni en la apelación se adujo tal motivación, por lo que puede decirse que su aplicación fue un punto indiscutido por las partes.

Así las cosas, rememorando la sentencia 35685 de 3 de mayo de 2011 radicación 35685 «al no existir debate alguno en torno a la naturaleza de las prestaciones, mal puede la recurrente exigir prueba solemne de la convención colectiva de trabajo, cuando, se insiste, no fue materia de controversia», la fuente normativa de la prestación.”

Por tal razón, la UGPP al contestar la demanda, aceptó la existencia de la Convención Colectiva de Trabajo celebrada en el año 2001, tan es así que en la respuesta a los hechos 5 a 9 indicó atenerse al contenido literal y exacto del texto convencional suscrito entre el extinto ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL, lo que da cuenta que en ningún momento desconoció la convención objeto de reproche; circunstancia por la cual se procederá con el estudio del reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de carácter extralegal.

e. De los requisitos contemplados en el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo objeto de reproche suscrita en el año 2001 entre el extinto ISS y la organización sindical SINTRASEGURIDADSOCIAL para acceder a la pensión extralegal por parte de la encartada UGPP:

Para lo pertinente es menester poner de presente que el aquí demandante laboró al extinto ISS por el periodo comprendido entre el 15 de marzo de 1991 y el 25 de junio de 2003 como da cuenta la certificación expedida por el área de Coordinación del Grupo de Entidades Liquidadas de la Dirección Jurídica del Ministerio de Salud y de la Protección Social, que además evidencia que su nombramiento se llevó a cabo bajo la catalogación de trabajador oficial, siendo su último cargo el de Auxiliar de Servicios Asistenciales (Fl. 18 – PDF 01 DEMANDA Y ANEXOS y fl. 35 – PDF 06 SUBSANACIÓN DEMANDA).

Además, yace un formato de certificación de información laboral que advierte que, con anterioridad al 15 de marzo de 1991, el demandante laboró al servicio del HOSPITAL MILITAR CENTRAL por el periodo comprendido entre el 3 de marzo de 1983 y el 19 de mayo de 1991, donde tuvo una interrupción en su labor desde el 21 de marzo hasta el 19 de mayo de la anualidad 1991 (Fl. 17 - – PDF 01 DEMANDA Y ANEXOS).

Tampoco existe reproche frente a la calidad de beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el extinto ISS y la organización sindical SINTRASEGURIDADSOCIAL 2001-2004, ello en atención de la certificación expedida por el mentado sindicato el 21 de noviembre de 2017, que enrostra que el actor se afilió desde el 15 de marzo de 1991 (Fls. 23 a 65 – PDF 01 DEMANDA Y ANEXOS y fls. 41 a 83 – PDF 06 SUBSANACIÓN DEMANDA).

Así las cosas, es preciso traer a colación la disposición convencional que regula la pensión de jubilación aquí reclamada, esto es el artículo 98, que reza:

“El Trabajador Oficial que cumpla veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo al Instituto y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años si es hombre y cincuenta (50) años si es mujer, tendrá derecho a pensión de jubilación en cuantía equivalente al 100% del promedio de los percibido



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

en el periodo que se indica a continuación para cada grupo de trabajadores oficiales:

- (i) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2002 y treinta y uno de diciembre de 2006, 100% del promedio mensual percibido en los dos últimos años de servicio.*
- (ii) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2007 y treinta y uno de diciembre de 2016, 100% del promedio mensual de lo percibido en los tres últimos años de servicio.*
- (iii) Para quienes se jubilen a partir del primero de enero de 2017, 100% del promedio mensual de lo percibido en los cuatro últimos años de servicio.*

Para estos efectos se tendrá en cuenta los siguientes factores de remuneración:

- a. Asignación básica mensual*
- b. Prima de servicios y vacaciones*
- c. Auxilio de alimentación y transporte*
- d. Valor trabajo nocturno, suplementario y en horas extras*
- e. Valor del trabajo en dominicales y feriados*

No obstante lo anterior, cuando hubiere lugar a la acumulación de las pensiones de jubilación y de vejez, por ningún motivo podrá recibirse en conjunto, por uno y otro concepto, más del ciento por ciento (100%) del promedio a que se refiere el presente artículo. Por consiguiente, en dicho caso el monto de la pensión de jubilación será equivalente a la diferencia entre el referido porcentaje y el valor de la pensión de vejez.

PARÁGRAFO 1: El Instituto de oficio o a solicitud de parte interesada a través de sus dependencias de Medicina, Higiene y Seguridad Industrial hará los estudios técnicos que se requieran para determinar ambientes de especial peligrosidad a la salud de los Trabajadores oficiales y tomará las medidas necesarias para corregir y prevenir los riesgos, modificando si fuere necesario los parámetros señalados en materia de pensiones de jubilación por las normas establecidas en la Convención vigente.

PARÁGRAFO 2: Fondo de Reservas para el pago de Pensiones para los Trabajadores del ISS. El Instituto constituirá durante el primer año de vigencia de la presente Convención un fondo para el pago de pensiones de jubilación, invalidez y sobrevivientes actuales y futuras.

Este fondo se manejará como una cuenta especial en la que se consignarán las apropiaciones presupuestales anuales respectivas y los correspondientes rendimientos financieros, los cuales harán parte de dichos fondos.

PARÁGRAFO 3: Quienes hayan cumplido o cumplan los requisitos de tiempos de servicios y edad a treinta y uno de diciembre de 2001, su pensión se liquidará con las reglas previstas en el artículo 95 de la Convención vigente a treinta y uno de octubre de 2001 (Respecto a Derechos Adquiridos) Las personas a quienes se les aplique esta disposición podrán continuar desempeñando su cargo hasta la fecha que lo estimen pertinente.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

PARÁGRAFO 4: El presente artículo se acuerda por las partes como resultado de la demostración actuarial, técnica, económica y financiera, efectuada por la comisión técnica integrada por los Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el ISS y Sintraseguridadsocial, donde se constató, que el reconocimiento y pago de las jubilaciones en un horizonte de diez (10) años, está plenamente garantizado sin afectar la estabilidad económica de la empresa y sin constituir riesgo fiscal para la Nación”.

En cuanto a la vigencia de la convención colectiva de trabajo, el artículo 2° de dicha disposición convencional, señala que la misma regirá por un término de tres años contados desde 1° de noviembre de 2001 al 31 de octubre de 2004.

Ahora, si bien la citada convención trae consigo la fecha en que entrará en vigor y el plazo de duración, también lo es, que en el citado texto convencional no se pactó lo relativo a las modalidades de su prórroga, desahucio o denuncia. Por lo que se debe dar aplicación al artículo 478 del CST, que indica:

“A menos que se hayan pactado normas diferentes en la convención colectiva, si dentro de los sesenta (60) días inmediatamente anteriores a la expiración de su término, las partes o una de ellas no hubiere hecho manifestación escrita de su expresa voluntad de darla por terminada, la convención se entiende prorrogada por periodos sucesivos de seis (6) en seis (6) meses, que se contarán desde la fecha señalada para su terminación.”

Siendo ello así y pese a que la convención colectiva establezca que vencía el 31 de octubre de 2004, lo cierto es que la misma continua vigente, toda vez que ninguna de las accionadas demostró que las partes que la suscribieron o alguna de ellas haya manifestado por escrito su voluntad de darla por terminada, o que se haya efectuado la denuncia en los términos del artículo 479 del CST, o que exista otro acuerdo convencional que lo haya reemplazado en su totalidad, de donde se desprende que la norma convencional se ha venido prorrogando por periodos sucesivos de 6 meses, conforme lo establece la norma en comento.

En ese orden de ideas, como quiera que la convención colectiva se encuentra vigente, procede la Sala a verificar si el demandante cumple con los requisitos para acceder a la pensión deprecada, no sin antes indicar, en lo que se refiere



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

a la vigencia de las pensiones establecidas en convenciones colectivas de trabajo, pactos colectivos, laudos arbitrales o acuerdos válidamente celebrados, el parágrafo transitorio 3º del Acto Legislativo 01 de 2005, indica:

“Parágrafo transitorio 3º. Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010”.

De lo anterior se colige que, en tratándose de pensiones contenidas en convenciones colectivas de trabajo, las mismas perdieron vigencia el 31 de julio de 2010, salvo para quienes a dicha data tengan un derecho adquirido.

Ahora bien, en un asunto de similares contextos fácticos, esto es, en lo concerniente a la interpretación del texto convencional con vigencia 2001-2004 celebrado entre el extinto ISS y la organización sindical SINTRASEGURIDADSOCIAL y el análisis de beneficios convencionales en virtud de la promulgación del Acto Legislativo 01 de 2005, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema en decisión SL3635-2020, Radicación No. 74271 del 16 de septiembre de 2020, realizó un estudio pormenorizado que fue cambio de postura doctrinaria en sede de casación, concluyendo en resumidas cuentas que si existían acuerdos convencionales celebrados antes de la entrada en vigencia del mentado Acto Legislativo 01 de 2005, entendiéndose también este último aspecto como aquellas prórrogas legales automáticas en el tiempo, inclusive con posterioridad al 31 de julio de 2010 gozaban de validez y aplicación. Así lo asentó:

“De la norma constitucional así consagrada, se deducen dos postulados diferentes: uno, para las disposiciones colectivas que desde antes de su expedición venían rigiendo, cuya vigencia se mantendrán hasta el término inicialmente pactado, que a su vez incluye las prórrogas automáticas que se venían surtiendo y, otro, para aquellas convenciones que se establecieran entre su fecha de expedición y el 31 de julio de 2010, que no podrán ser más favorables a las que para entonces estuvieran vigentes.

Con base en lo anterior, en decisión CSJ SL12498-2017 y en otras que la reiteraron (CSJ SL12498-2017, CSJ SL3962-2018, CSJ SL4781-2018, CSJ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

SL621-2019, CSJ SL1348-2019, CSJ SL1408-2019, CSJ SL2236-2019, CSJ SL2524-2019 y CSJ SL4331-2019), en lo que concierne al primer aspecto, la Corte sostuvo lo siguiente:

A juicio de la Sala, con base en esta lectura del párrafo transitorio 3 es posible armonizar y dar coherencia lógica a las expresiones «se mantendrán por el término inicialmente estipulado» y «en todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010». La primera alude a la observancia del término inicial de duración de la convención expresamente pactado por las partes en el marco de la negociación colectiva de trabajo y, la segunda, a las prórrogas legales automáticas de las convenciones o pactos que desde antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo de 01 de 2005 venían operando, en tal caso las reglas pensionales subsisten hasta el 31 de julio de 2010.

Explicó entonces la Sala que las reglas pensionales de carácter convencional que se hubieren suscrito por primera vez antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, la expresión «término inicialmente pactado» hace alusión al tiempo de duración expresamente acordado por las partes de modo que, «si ese término estaba en curso al momento de entrada en vigencia del acto legislativo, ese convenio colectivo regiría hasta cuando finalizara», aunque fuere posterior al 31 de julio de 2010.

Para hacerlo más explícito, dijo la Corte que con ese alcance interpretativo:

(...) podrían darse eventos en los que las reglas pensionales no solo se extiendan más allá del año 2005 sino, incluso, del 31 de julio de 2010, tal como sería el caso de una convención colectiva suscrita por primera vez en el año 2004, con una vigencia de 10, 12 o 14 años.

Al referirse a la prórroga automática de la convención colectiva que venía operando antes del 29 de julio de 2005, adujo que continuarían rigiendo, pero, que, en todo caso, conforme al límite constitucional, se extinguirían el 31 de julio de 2010.

Así, lo explicó:

(...) En efecto, aquí, la renovación de los acuerdos se produce por ministerio de la ley, no por voluntad de las partes. En este caso, de conformidad con el párrafo transitorio 3, los beneficios pensionales perdurarán hasta el 31 de julio de 2010, fecha en que perecen por expreso mandato constitucional. Por la misma razón, es válido que los trabajadores alcancen los requisitos pensionales durante las prórrogas automáticas iniciadas antes del 29 de julio de 2005 y que continuaron su curso hasta el 31 de julio de 2010, data en que las reglas pensionales contenidas en las convenciones colectivas se extinguen.

De manera que esa línea jurisprudencial no admitía que una convención colectiva que llegare a su fecha de extinción conforme al término inicialmente pactado, pudiera ser objeto de prórroga automática porque esta solo operaba para las prórrogas que desde antes venía en curso.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Sin embargo, esa visión jurisprudencial varió y dio un alcance distinto al parágrafo 3.º del Acto Legislativo 01 de 2005, al considerar la Sala en sentencias CSJ SL2798-2020, CSJ SL2543-2020 y CSJ SL2986-2020, por una parte, que el término inicialmente pactado no puede extenderse más allá del 31 de julio 2010 y, de otra, que ese plazo también incluye el de la prórroga automática que hubiese comenzado después del 29 de julio de 2005. Así lo adocrinó:

*(...) En los eventos en que la vigencia inicial de la convención colectiva de trabajo pactada por las partes se encuentre en curso a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005, esta se mantendrá **por el término inicialmente pactado y hasta el 31 de julio de 2010, para lo cual debe considerarse la figura jurídica de la prórroga automática del artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo** cuando las partes no presenten la denuncia en los términos del artículo 479 ibidem. De modo que dichos acuerdos en materia pensional se extienden máximo hasta el 31 de julio de 2010 (...). (CSJ SL2798-2020, negrilla fuera de texto original).*

Para tal efecto, la Sala hizo referencia a las recomendaciones adoptadas por el Comité de Libertad Sindical a propósito de la limitación del derecho de negociación colectiva dispuesta en el citado acto legislativo, dirigidas a que la realidad de la negociación colectiva implica una certeza razonable de que se mantendrán los compromisos pactados, al menos, mientras dure el convenio.

En la citada sentencia CSJ SL2543-2020 aseveró la Corte que, «en principio la extensión de los efectos pensionales convencionales», no pueden ir más allá del 31 de julio de 2001. De esa forma, se anticipó a la posibilidad de volver a la doctrina anterior, y bajo la égida de los convenios 87, 98 y 154 de la OIT y de confrontar las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical con el escenario constitucional, adocrinar que el término inicialmente pactado entre las partes regirá hasta su vencimiento, sin límites distintos a los acordados entre los suscribientes del convenio colectivo.

En efecto, tal como lo entendió la Corte Constitucional en la sentencia SU 555 de 2014, al estudiar la compatibilidad de las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical, adoptadas por el Consejo de Administración de la OIT, relativas a que el gobierno colombiano debía adoptar «las medidas necesarias a fin de que los convenios colectivos que contienen cláusulas sobre pensiones, cuya vigencia va más allá del 31 de julio de 2010, mantengan sus efectos hasta su vencimiento», aquella corporación, sostuvo:

*La primera recomendación que la OIT dirige al gobierno colombiano consiste en que se **mantengan hasta su vencimiento** los efectos de las convenciones y pactos colectivos cuyo término **haya sido fijado para una fecha posterior al 31 de julio de 2010**. Esto es exactamente lo que establece la primera parte del parágrafo transitorio tercero cuando indica que "Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, **se mantendrán por el término inicialmente estipulado**". Lo anterior se*



traduce en que el Acto Legislativo no está desconociendo los derechos adquiridos en materia pensional derivados de pactos y convenciones colectivas. Y está siguiendo lo establecido en el artículo 58 Superior, así como en la jurisprudencia constitucional, especialmente lo señalado en la Sentencia C-314 de 2004.

*[...] Además, como se indicó en precedencia, también con el párrafo transitorio tercero se respeta incluso la expectativa legítima de aquellos trabajadores que, si bien no cumplían requisitos a la entrada en vigencia del Acto Legislativo, sí se encontraban cobijados por pactos o convenciones colectivas celebradas antes del 29 de julio de 2005 y con fecha de vencimiento posterior al año 2005 o, incluso, al 31 de julio de 2010 fecha límite fijada por el constituyente. Éstos tenían una legítima expectativa de ser pensionados de acuerdo a las reglas del pacto o convención colectiva que firmaron **mientras continuara vigente**, y así lo reconoce la norma constitucional al establecer que seguirán rigiendo hasta el término de su vencimiento.*

Esto es justamente lo que está recomendando el Comité Sindical de la OIT, que las pensiones convencionales que contengan reglas de carácter pensional mantengan sus efectos hasta la fecha de su vencimiento. En últimas, que se respeten los derechos adquiridos y las expectativas legítimas, que es lo mismo que garantiza el Acto Legislativo 01 de 2005 tanto en el Párrafo transitorio segundo como en el tercero, en los que establece una regla para derechos adquiridos y también una regla de transición para garantizar que se satisfagan las expectativas legítimas de pensión.

Y todo lo anterior, garantiza también la protección de la negociación colectiva en cuanto no ignora lo hasta ese momento negociado y decidido en un contexto de libertad sindical. (Negrillas fuera de texto original).

Bajo ese contexto, tal como se determinó en la sentencia CSJ SL2543-2020, en principio, no es posible extender los efectos de las cláusulas convencionales de carácter pensional más allá del 31 de julio de 2010. Sin embargo, asevera la Sala que, cuando una disposición colectiva consagre una vigencia que cobije un periodo superior a esa data, debe respetarse, pues, es claro, de una parte, que si se previó de esa manera desde su inicio, es porque la voluntad de las partes fue la de darle a dichas disposiciones jubilatorias mayor estabilidad en el tiempo y, de otra, al quedar incorporadas en el texto convencional, constituyen derechos adquiridos y garantía a la legítima expectativa de adquirir el derecho pensional de acuerdo a las reglas del pacto o convención colectiva de trabajo que firmaron, mientras continúe vigente, así esa vigencia supere el límite del 31 de julio de 2010.

Así es, porque los compromisos consagrados en las convenciones colectivas de trabajo constituyen derechos adquiridos, bien porque ya se han causado o bien porque hacen parte de aquellas prerrogativas concretas que, aunque no estén consolidadas, sí han determinado una expectativa válida respecto de la permanencia de sus cláusulas, basadas en el principio de la buena fe que atención al principio de la confianza legítima, significa, en el horizonte, que se alcanzarán los requisitos para su afianzamiento durante el término de su vigencia.



Ello, porque tal como tantas veces lo ha dicho esta Sala, la convención colectiva de trabajo es una verdadera fuente de derechos y obligaciones por lo menos durante el tiempo en que la misma o algunas de sus cláusulas conserven su vigencia, de modo que su ámbito de protección cubra los derechos consolidados y trasciende a las expectativas que eventualmente se alcancen durante el término pactado.

Esa y no otra, fue la intención del constituyente secundario al consagrar en los parágrafos transitorios 2.º y 3.º del Acto Legislativo 01 de 2005, el respeto por los derechos adquiridos, sujetándolos al término inicialmente pactado por las partes hasta su extinción, incluso más allá del 31 de julio de 2010, el cual incluye las prórrogas automáticas, estas sí con límite hasta esa data, tal como lo dejó sentado la Corte en las sentencias CSJ SL2543-2020, CSJ SL2798-2020 y CSJ SL2986-2020.

En conclusión, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, rectifica parcialmente su criterio sentado en las sentencias precitadas y, en su lugar, precisa que, en materia pensional consagrada en convenciones colectivas de trabajo, laudos o pactos, a la luz del Acto Legislativo 01 de 2005 las pautas que regulan el asunto, son las siguientes:

- a) En los eventos en que las reglas pensionales de carácter convencional suscritas antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 y al 29 de julio del mismo año se encontraban en curso, mantendrá su eficacia por el término inicialmente pactado, aún con posterioridad al 31 de julio de 2010, hasta cuando se llegue al plazo acordado.*
- b) Si al 29 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del acto legislativo en mención, respecto del convenio colectivo estaba operando la prórroga automática consagrada en el artículo 478 del Código Sustantivo de Trabajo y las partes no presentaron la denuncia en los términos del artículo 479 ibidem, las prerrogativas pensionales se extendieron solo hasta el 31 de julio de 2010.*
- c) Si la convención colectiva de trabajo se denunció y se trabó el conflicto colectivo, los acuerdos pensionales, por ministerio de la ley se mantuvieron según las reglas legales de la prórroga automática, hasta el 31 de julio de 2010 y, en tal caso, ni las partes ni los árbitros podían establecer condiciones más favorables a las previstas en el sistema general de pensiones entre la fecha en la que entró en vigencia el Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010.*

Así las cosas, para el asunto de marras la Corte dentro de la misma decisión y frente a la literalidad del texto convencional objeto de estudio, en especial lo atinente a los artículos 2º y 98 convencionales, que versan sobre la aplicación en el tiempo y la forma de acceder al derecho a la pensión de jubilación extralegal, analizó lo siguiente:

“Tal como se refirió en los antecedentes, la accionante propugna por el derecho pensional consagrado en la convención colectiva de trabajo cuya



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

vigencia general se estableció de 2001 a 2004, y previó, respecto de algunas cláusulas, otra más amplia según lo acordado en los artículos 2.º y 98, entre otros, así:

Por su parte, el artículo 2.º, prevé que el acuerdo colectivo:

Tendrá una vigencia de tres años contados a partir del primero (1) de noviembre de dos mil uno (2001) hasta el 31 de octubre de dos mil cuatro (2004). Salvo los artículos que en la presente convención se les haya fijado una vigencia diferente.

A su vez, el artículo 98 consagra la pensión de jubilación solicitada, bajo las siguientes reglas:

El trabajador oficial que cumpla veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo al instituto y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años si es hombre y cincuenta (50) años si es mujer, tendrá derecho a la pensión de jubilación en cuantía equivalente al 100% del promedio de lo percibido en el periodo que se indica a continuación para cada grupo de trabajadores oficiales:

(i) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2002 y treinta y uno de diciembre de 2006, 100% del promedio mensual de lo percibido en los dos últimos años de servicio.

(ii) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2007 y treinta y uno de diciembre de 2016, 100% del promedio mensual de lo percibido en los tres últimos años de servicio.

(iii) Para quienes se jubilen a partir del primero de enero de 2017, 100% del promedio mensual de lo percibido en los cuatro últimos años de servicio.

(...).

De la literalidad de las citadas cláusulas se extrae que en materia jubilatoria las partes previeron una vigencia posterior a aquella establecida de forma general, tal como lo determinó esta Sala en sentencia CSJ SL, 29 nov. 2011, rad. 39808, que reiteró la CSJ SL, 14 sep. 2010, rad. 35588, en la que señaló:

Ahora bien, el Tribunal incurrió en otro yerro fáctico derivado de la errónea apreciación de la Convención Colectiva 2001-2004, al no darse cuenta que ésta tuvo vigencia para los trabajadores oficiales que en esa misma condición pasaron a las E.S.E.s, (sic) más allá del 31 de octubre de 2004.

Al respecto se ha de precisar que un estudio armónico de las cláusulas de dicha convención conduce a concluir que varias de sus prerrogativas y concretamente las relativas a la pensión de jubilación tienen una vigencia superior a esa fecha.

(...)

*Esto significa que la misma convención previó que algunas de sus disposiciones rigieran más allá del 31 de octubre de 2004, como es el caso de la cláusula 98 que consagra el derecho a la pensión de jubilación.
(...)*

Este razonamiento está acorde con el criterio sostenido por la Sala en sentencia de 14 de septiembre de 2010, rad. N° 35588 donde en un caso similar al presente y analizando la misma Convención, sostuvo:

*“Armonizando estas dos disposiciones (artículo 2 y 98), ejercicio que el Tribunal, pese a que valoró la convención colectiva, no hizo, pues apreció de manera parcial el artículo segundo, se concluye que el derecho a la pensión de jubilación consagrado en el artículo 98, se hallaba vigente para quienes ostentaran la condición de trabajadores oficiales para el 21 de enero de 2005, fecha en la que la actora cumplió con los requisitos exigidos en esa norma, esto es, 20 años de servicio y 50 años de edad”.
(Resaltado fuera de texto original).*

Asimismo, en sentencia CSJ SL1409-2015, frente a este preciso asunto, la Corporación indicó:

En punto a la vigencia de la convención colectiva de trabajo 2001-2004, la misma se hizo extensiva a los trabajadores oficiales que en esa misma condición pasaron a las E.S.E. y según su artículo 2, su vigencia tendría “una vigencia de tres años contados a partir del primero (1) de noviembre de dos mil uno (2001) hasta el 31 de octubre de dos mil cuatro (2004). Salvo los artículos que en la presente convención se les haya fijado una vigencia diferente”. Frente a ello, podría decirse que algunas cláusulas de esa convención lleva (sic) al convencimiento de que varias de sus prerrogativas y concretamente las relativas a la pensión de jubilación tienen una vigencia superior al 31 de octubre de 2004, en tanto de conformidad con el artículo 98 su vigencia se extiende hasta el año 2017. Asimismo, importa resaltar que no obra en el expediente una convención colectiva de trabajo celebrada con posterioridad a la mencionada anteriormente (Resaltado fuera del texto).

En consecuencia, a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005 la referida cláusula convencional venía rigiendo y, de acuerdo con el plazo inicialmente pactado entre las partes, tenía vigencia hasta el año 2017. Dicho de otro modo, en armonía con los postulados de la enmienda constitucional, las partes acordaron darle al artículo 98 de la convención colectiva de trabajo mayor estabilidad en el tiempo y, de esa forma, fijaron derechos adquiridos frente a los compromisos pensionales pactados, por los menos, durante su plazo de vigencia. (Subrayado por la Sala).

En ese contexto, debe entonces la Sala establecer si la accionante acredita las condiciones y requisitos exigidos en el artículo 98 convencional para obtener el reconocimiento de la prestación pensional, para lo cual ha de recordarse que son hechos indiscutidos en casación, que ingresó al Instituto de Seguros Sociales el 16 de septiembre de 1993 de modo que cumplió 20 años a su servicio el mismo día mes de 2013, y que nació el 25 de junio de 1961 y cumplió 50 años de edad en la misma fecha de 2011.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Entonces, de acuerdo con los postulados convencionales consagrados en el artículo 98 bajo análisis, según los cuales se requieren 20 años de servicios continuos o discontinuos al ISS y 50 años de edad si es mujer, la accionante tiene derecho a la pensión de jubilación en cuantía equivalente al 100% del promedio de lo percibido en los tres últimos años de servicio, tal como lo establece el numeral (ii) transcrito en precedencia.

En consecuencia, los cargos prosperan y se casará la sentencia confutada.”

En tal sentido, palmario resulta que en atención del cambio jurisprudencial y el estudio de las prerrogativas convencionales en mención para la pensión de jubilación, se puede concluir que la Convención Colectiva de Trabajo 2001-2004 se extendió hasta la anualidad 2017; de allí que la Sala proceda a analizar el derecho pensional del demandante señor JULIO CÉSAR SÁNCHEZ BORDA en los precisos términos del petitum, esto es, que se le reconozca la prestación aplicando una tasa de reemplazo del 75% del promedio de lo percibido durante el último año de servicios, ello en atención a que efectuó cotizaciones sobre un interregno de 20 años, 5 meses y 28 días tanto al HOSPITAL MILITAR CENTRAL como al extinto ISS.

Puestas así las cosas, en atención del inciso 1º del artículo 98 convencional, en lo que respecta a la edad, según se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía el demandante, el mismo nació el 20 de marzo de 1960, cumpliendo así 55 años de edad el mismo día y mes de la anualidad 2015, por lo que en principio debe aplicarse lo reglado en el numeral 2º del mismo artículo convencional toda vez que ostentó la edad entre el 1º de enero de 2007 y el 31 de diciembre de 2016.

Ahora bien, el tiempo de servicios aducido por el actor se contrae:

a) Laboró al servicio del HOSPITAL MILITAR CENTRAL por el periodo comprendido entre el 3 de marzo de 1983 y el 19 de mayo de 1991 desempeñando el cargo de Auxiliar de Técnico, teniendo interrupciones laborales no remuneradas entre el 21 de marzo y el 19 de mayo de 1991 (Fl. 17 – PDF 01 DEMANDA Y ANEXOS y fl. 20 – PDF 06 SUBSANACIÓN DEMANDA).



b) Laboró al servicio del INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES por el periodo comprendido entre el 15 de marzo de 1991 y el 25 de junio de 2003, siendo su último cargo el de Auxiliar de Servicios Asistenciales como lo acredita la certificación expedida por el área de Coordinación del Grupo de Entidades Liquidadas de la Dirección Jurídica del Ministerio de Salud y de la Protección Social (Fl. 18 – PDF 01 DEMANDA Y ANEXOS y fl. 35 – PDF 06 SUBSANACIÓN DEMANDA).

De ser factible acumular los períodos antes expuestos, daría en principio cabida a acceder a la prestación convencional perseguida, en tanto ostentaría un total de 20 años, 3 meses y 28 días; no obstante, confrontado minuciosamente las pruebas arrimadas al plenario, se aprecia que milita certificación que entre el 15 de marzo de 1991 y el 30 de octubre de 1996, ostentó la calidad de “*funcionario de la seguridad social*” (Fl. 18 DEMANDA Y ANEXOS).

Frente a este puntual aspecto, en la sentencia CSJ SL6494 – 2015, se consignó:

“En tal sentido, siempre que el servicio como trabajador del ISS, en los términos expuestos, se haya prestado entre el 05 de agosto de 1977 y el 20 de noviembre de 1996 - sentencia C-579 de 1996, este se entenderá que ostentó la calidad de funcionario de la seguridad social vinculado a través de una relación legal y reglamentaria, o lo que es lo mismo, empleado público, pues sólo a partir de los efectos de la mencionada sentencia de constitucionalidad, tal cargo pasó a considerarse como trabajador oficial.

Por tal razón, es imperioso mencionar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3170-2022, Radicación No. 91073 del 6 de septiembre de 2022, hizo un análisis al texto convencional a través del cual dejó por sentado que para el estatus pensional con tiempos públicos era requisito *sine qua non* ostentar la calidad de trabajadores oficiales, así lo determinó el órgano de cierre:

“Nótese cómo el texto transcrito determina que la condición de trabajador oficial es la que da lugar a la pensión, luego, otros servicios prestados al ISS, en virtud de otras formas de vinculación, no pueden generar el acceso a tal prestación. Frente a la misma condición, véase lo expuesto en CSJ SL1463-2022, pronunciamiento dictado en un proceso en el que se pretendía similar pensión convencional para quien no cumplió los 20 años de servicios como trabajadora oficial:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

[...] tal como lo consideró la juez, no se acreditó que la demandante hubiera servido al ISS Sociales durante 20 años continuos o discontinuos.

En efecto, conforme a la certificación de folio 74 del expediente, la señora Forero Pinilla laboró al servicio del extinto ISS en los siguientes períodos:

INGRESO	RETIRO	VINCULACIÓN	DÍAS
22 - FEB - 1995	21 - FEB -1996	PROVISIONAL	360
22 - FEB - 1996	21 - ABR -1996	PROVISIONAL	60
31 -MAY - 1996	30 - SEP - 1996	PROVISIONAL	120
04 - OCT- 1996	03 - FEB -1997	PROVISIONAL	120
04 -FEB- 1997	31 - MAR -2015	CTO. TRABAJO	6.536
			7.196

Además, si en gracia de discusión se admitiera que la entidad accionada confesó al responder el hecho segundo de la demanda que los extremos de la relación laboral fueron el 22 de febrero de 1995 y el 31 de marzo de 2015, lo cierto es que negó que hubiera prestado sus servicios por más de 20 años, pues así se desprende de la respuesta dada al hecho cuarto del mismo escrito.

Al revisar la certificación aludida, se puede constatar que sólo a partir del 4 de febrero de 1997 la demandante ostentó la calidad de trabajadora oficial, que es la que eventualmente le hubiera dado derecho a recibir la pensión de jubilación convencional que reclama, y que entre el 22 de febrero de 1995 y el 3 de febrero de 1997, estuvo vinculada al ISS mediante nombramiento provisional, esto es, como empleada pública.

Sobre el asunto, en la sentencia CSJ SL678-2020 esta Sala razonó de la siguiente manera:

*Pero hay más. La promotora del proceso tampoco probó haber laborado al menos 20 años en condición de **trabajadora oficial**, durante todo el tiempo de servicios.*

*En efecto, como se dejó claro en la demanda y en la sentencia del Tribunal, hecho que además la censura aduce no discutir, se insiste, la demandante prestó sus servicios en dos distintas oportunidades al ISS, la primera de ellas, del **11 de julio de 1988 al 10 de julio de 1989 cuando lo hizo en calidad de empleada pública**, lapso que, por ende, no puede computarse para efectos de satisfacer las exigencias de la cláusula convencional, toda vez que a ese tipo de servidores no se les aplican las convenciones colectivas de trabajo. Aunado a que el precepto convencional es palmario en establecer que los 20 años deben ser en calidad de trabajador oficial, pues su artículo 98 disponía: “**El Trabajador oficial** que cumpla veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo al Instituto (...)”.*

En consecuencia solamente el tiempo en que fue trabajadora oficial, es decir, del 23 de septiembre de 1993 al 31 de marzo de 2013, podía contabilizarse para los efectos prestacionales, lapso que no suman los 20 años exigidos como requisito de temporalidad para lograr la pensión de jubilación convencional.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Lo anterior porque como lo concluyó el Consejo de Estado en sentencia 05001233100020080089201 (15312012), proferida el 14 de diciembre de 2015:

«[...] es evidente que los empleados públicos se encuentran en una situación diferente a la de los trabajadores oficiales y particulares respecto al derecho de negociación de los salarios y prestaciones sociales, toda vez que en la búsqueda de soluciones concertadas y negociadas sobre tales materias no se puede afectar la facultad que la Constitución Política confiere a las autoridades de fijar unilateralmente las condiciones de empleo. Por lo anterior, los empleados públicos no podrán beneficiarse de las “convenciones colectivas de trabajo” previstas para los trabajadores oficiales y particulares.»

En los términos de la sentencia traída a colación, los servicios que prestó Patricia Bustos Rosales como servidora vinculada a través de vínculo legal y reglamentario (f.º 65, cuaderno de primera instancia) no pueden sumarse a los que prestó como trabajadora oficial. Téngase en cuenta que el embate reconoce que la recurrente no fue trabajadora oficial entre las fechas ya consignadas a lo largo de esta sentencia. Por ende, el Tribunal no cometió los dislates fácticos relativos a la situación pensional de la accionante, porque a falta de esos tiempos laborados como empleada pública —que según el folio últimamente indicado fueron 20 meses—, ella no alcanzó a acumular 20 años de servicios, de manera que, en ese aspecto, no puede casarse la sentencia.

Tampoco considera la Sala que la integración del artículo 101 de la convención colectiva de trabajo 2001-2004 revierta la decisión del Tribunal, pues es una cláusula que regula una situación diferente de la que aquí se debate, esto es, cuando un trabajador oficial del ISS pretende sumar tiempos de servicios prestados en otras entidades de derecho público, que no fue lo invocado desde la demanda inicial.

Ni siquiera es posible darle el alcance que a esta última norma le quiere otorgar la casacionista, cuando dice que la lectura conjunta de los artículos 98 y 101 de la convención permite entender que se pueden sumar tiempos servidos en condición distinta a la de trabajadora oficial, dado que una cosa es que en la convención se acordó aprovechar vinculaciones con terceros para causar la pensión, pero eso no significa que la empleadora y el sindicato hayan acordado que otras «calidades» de servicios prestados a la misma entidad pudieran ser tenidas en cuenta. Esta es una deducción de la casacionista que carece de soporte, pues no es un acuerdo que emerja del texto del artículo convencional.” (Subrayado por la Sala).

En resumidas cuentas, al no acreditar el demandante que los 20 años de servicios los realizó en su calidad de trabajador oficial, al haber fungido como trabajador de la seguridad social, es por lo que no se cumple a cabalidad con lo dispuesto en el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo 2001-2004 suscrita entre el ISS y la organización sindical SINTRASEGURIDADSOCIAL, lo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

que conlleva a su vez a que no se configuren los requisitos para el reconocimiento y pago de la pensión convencional, lo que conduce a confirmar la sentencia de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la absolución de primer grado emitida en sentencia proferida el 11 de agosto de 2022 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, pero por las razones vertidas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
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 CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 22 2020 00389 01
Demandante: ANGELICA MARÍA ACOSTA BARRERA
Demandados: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES al abogado NICOLÁS RAMÍREZ MUÑOZ, 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:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES en contra de la sentencia proferida el 1º de diciembre de 2022 por el Juzgado Veintidós 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:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

La señora ANGELICA MARÍA ACOSTA BARRERA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., con la finalidad que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación de que realizó a PORVENIR S.A., el 2 de septiembre de 1997 y posteriormente a HORIZONTE S.A. el 10 de marzo de 2000, por medio de la cual se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad y se declare en libertad de afiliarse al régimen de prima media con prestación definida al declararse la nulidad de la afiliación.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a COLPENSIONES a recibirla como afiliada y a PORVENIR S.A. que la libere de sus bases de datos; a su vez, solicita se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido por cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado. Por último, pretende se condene a las encartadas al pago de costas y agencias en derecho y a lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, expuso que nació el 25 de marzo de 1964 y se afilió al régimen de prima media con prestación definida administrado por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES, el 6 de febrero de 1993 por medio de empleador LINE HAUL SERVICES COL. LTDA. en donde permaneció hasta el 2 de septiembre de 1997, calenda en la que se trasladó de régimen pensional a través de PORVENIR S.A., y posteriormente se trasladó a HORIZONTE S.A. el 10 de marzo de 2000.

Relató que el asesor de PORVENIR S.A., le ofreció la posibilidad de pensionarse a temprana edad y además le dijo que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES sería liquidado y por ello sus aportes se encontrarían en riesgo. Expuso que los asesores de los fondos demandados en su momento le indicaron que el monto de la pensión sería más alto allí que en el que le otorgaría el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Los asesores de los mencionados fondos no le informaron en su momento el monto del capital requerido para obtener una pensión en renta vitalicia y en retiro programado, o el monto del capital requerido para que pudieran heredar sus beneficiarios en retiro programado, el plazo para retornar al régimen de prima media, pero si le dijeron que al cumplir la edad no quería pensionarse, podía solicitar le devolvieran el capital que tuviese acumulado a dicha fecha sin restricción alguna.

Señaló que, en comunicación de 27 de julio de 2020, PORVENIR S.A., le informó que contaba con un capital acumulado en su cuenta individual de \$506.032.433, por lo que procedió a realizar una proyección pensional el 19 de agosto de 2020, en la que se evidenció que su mesada en el régimen de prima media sería superior a la que obtendría en el régimen de ahorro individual. Agregó que el 22 de julio del 2020 elevó reclamación ante COLPENSIONES, solicitando su retorno a esa administradora, pedimento que fue denegado por la entidad, además, el 27 de julio del 2020 solicitó a PORVENIR S.A. la nulidad de su traslado de régimen, la cual fue negada. (Archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda, señalando que no se aporta prueba en el expediente que permita concluir que el traslado de régimen pensional de la actora se dio por incumplimiento al deber de información. Además, no se acreditan los supuestos que fundan el vicio en el consentimiento, ya que suscribir el formulario de afiliación lo hizo de manera libre y espontánea, completamente informada pues recibió asesoría de manera verbal por parte de ese fondo.

Propuso la excepción previa de no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios, de la cual desistió en la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S. Igualmente, propuso como excepciones de fondo las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Archivo 07).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones del escrito de demanda, aduciendo que dentro del expediente no obra prueba alguna de que permita colegir que a la promotora se le hizo incurrir en error por parte de la administradora de pensiones, o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, tampoco presento inconformidad sobre el traslado, al contrario se observa que las documentales se encuentra sujetas a derecho, y se hizo de manera libre y voluntaria sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, igualmente en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 y la actora se encuentra inmersa en la prohibición de traslado de régimen reglado en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Propuso las excepciones de mérito 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, 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 y la innominada o genérica. (Archivo 08).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 1º de diciembre de 2022, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por la señora Angélica María Acosta Barrera al régimen de ahorro individual con solidaridad, acaecido el 2 de septiembre de 1997. En consecuencia, DECLARA que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada PORVENIR S.A. trasladar a la COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor con sus correspondientes rendimientos, los bonos pensionales, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima; así mismo, se le condenará a la devolución de los gastos de administración y el valor



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de las primas del seguro previsional, debidamente indexados a la fecha de entrega a COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir los dineros provenientes de PORVENIR S.A. y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora, conforme quedó explicado en esta providencia.

CUARTO: DECLARAR que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.

SEXTO: CONDENAR en costas a las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. (...)."

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* trajo a colación los artículos 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, que establecen la selección libre y voluntaria de régimen pensional y los requisitos para el traslado, precisando que quien desconozca este derecho se hace acreedor a las sanciones de que trata el artículo 271 de la norma en cita. Además, expuso que el artículo 97 del Decreto Ley 663 de 1993 establecía el deber de información a los usuarios con el fin de escoger las mejores opciones del mercado. Aspecto que ha sido reiterado por la Corte Suprema de Justicia, la cual ha enfatizado que desde su fundación los fondos privados tienen la obligación de brindar una información objetiva, clara y transparente y que asuntos como este deben ser abordados desde la institución de las ineficacias.

Seguidamente, indicó que la jurisprudencia del órgano de cierre de esta especialidad ha señalado que recae en las administradoras de pensiones la carga de la prueba. Así, destacó que la actora a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se encontraba realizando aportes al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y que en 1997 se trasladó de régimen a PORVENIR S.A. de donde se trasladó a HORIZONTE, siendo PORVENIR quien debía probar el cumplimiento del deber de información el cual no se acreditó en el plenario, lo cual no se prueba con la suscripción del formulario de afiliación, y además no tienen incidencia el traslado horizontal que realizó.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En consecuencia, ordenó a PORVENIR, trasladar a COLPENSIONES los dineros que se encuentren en la cuenta de la actora, junto con sus rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de pensión mínima debidamente indexados. 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 PORVENIR la apeló. Al respecto, solicita se revoque la sentencia y en especial lo atinente a la condena de por indexación de las sumas ordenadas; ya que si bien existe bastante jurisprudencia amplia y pacífica sobre el deber de información, también la Alta Corporación ha señalado que se deben estudiar las particularidades que rodearon el traslado del régimen que se reporta ineficaz, habiéndose acreditado en el proceso que ese fondo cumplió con el deber de información, de modo tal, que la actora tuvo la posibilidad elegir el régimen al que quería pertenecer, lo que igualmente se colige del formulario de afiliación el cual se ajusta a derecho y esta manifestó que suscribió de manera libre y voluntaria.

Adicionalmente, solicita se revoque lo referente a la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, pues no hay lugar a retornar esas sumas como quiera que son privativos del régimen de ahorro individual, los que recibe por su adecuada administración, pues de ser así, ello generaría un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, por lo que debe darse paso a las restituciones mutuas y compensaciones por los rendimientos; añadió que los seguros previsionales no se encuentran en su poder, ya que fueron trasladados a las aseguradoras con las que contrató tal amparo, igualmente dijo que tampoco procede la indexación de tales valores, pues ese concepto se cubre con la devolución de los rendimientos financieros.

La demandada COLPENSIONES solicita se revoque la sentencia de primer grado, dado que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado de régimen del artículo 2º de la Ley 797 de 2003, además no se tuvo en cuenta que la motivación de la gestora para solicitar el traslado es económica, no siendo su motivación la falta al deber de información, por último, solicita no se le condene en costas.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, 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 aporta el formulario de afiliación que efectuó la actora el 2 de septiembre de 1997, con PORVENIR S.A., afiliación que se hizo efectiva a partir del 1º de noviembre de esa misma anualidad, como traslado de COLPENSIONES, lo cual se puede colegir del reporte SIAF. (Fls. 53 y 56 - archivo 07). Igualmente, se encuentran el formulario de afiliación a HORIZONTE S.A. de 10 de marzo de 2000, traslados que se efectivizó el 1º de mayo de 2000, según la certificación SIAF. (Fls. 54 y 56 -archivo 07).

Formularios que, si bien refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acreditan 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 Representante Legal de la demandada PORVENIR S.A., en su declaración dijo que no contaban con documento diferente al formulario de afiliación que diera cuenta de la asesoría brindada a la actora en los años 1997 y 2000.

Entre tanto, la demandante en su declaración indicó que en el año 1997 el asesor de PORVENIR le dijo que el ISS se iba a acabar, que en ese fondo podía obtener una mesada superior a la que obtendría en el I.S.S., y que si quería pensionarse antes lo podía hacer; que al fallecer su pensión podía ser heredada y que podría reclamar los aportes sin restricción. Adujo que no le explicaron el funcionamiento del RPMPD, además no le dijeron que no podía retornar a COLPENSIONES después de cierto tiempo, agregando que no le dieron más explicaciones de los regímenes pensionales. Que el traslado a HORIZONTE se dio por cuanto el asesor le dijo que en ese fondo obtendría una mesada más elevada, sin embargo, al poco tiempo ese fondo se convirtió en PORVENIR.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información por parte de PORVENIR S.A.; luego, según lo ha adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, luce 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:*

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003	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



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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1997, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón 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. De otro lado, considera la Sala que viene no viene al caso ahondar en la prohibición de traslado de régimen del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, pues se itera que lo que aquí se analiza es la falta al deber de información al momento del traslado de régimen.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, los cuales fueron objeto de inconformidad por parte de PORVENIR S.A. en su apelación,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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, siendo a todas luces improcedentes los argumentos de PORVENIR S.A., sobre ese puntual aspecto.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado, cumple 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 señalado sobre el particular:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.



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

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

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

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

“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, luego, al haberse opuesto a las pretensiones de la demanda, 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, expuso 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Dimana de lo expuesto, la procedencia de la devolución de los conceptos que ordenó la juez de instancia a cargo del fondo privado, y la correspondiente indexación de estos y con cuenta a su propio patrimonio, sin que, de manera alguna, puedan ser compensado con los rendimientos como lo pretenden PORVENIR S.A. Así las cosas, la sentencia de primer grado será confirmada.

SIN COSTAS en esta instancia.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 1º de diciembre de 2022, por el Juzgado Veintidós 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

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
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 CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 22 2021 00374 02
Demandante: MARTHA LIGIA URIBE PRADA
Demandados: COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A. Y
 COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería en representación de COLPENSIONES a la abogada KAREN SILVANA MENDIVELSO CUELLAR, identificada con cédula de ciudadanía 1.010.201.041 y T.P. 267.784 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 parte demandante y las demandadas SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y COLPENSIONES en contra de la sentencia proferida el 21 de noviembre de 2022 por el Juzgado Veintidós 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:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

La señora MARTHA LIGIA URIBE PRADA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y COLFONDOS S.A., con la finalidad que declara la anulación de los formatos de afiliación a los fondos de pensiones privados que fueron convocados a juicio.

Como consecuencia de tal declaración, se condene a COLPENSIONES reciba los aportes a pensión que está realizando en la actualidad a PROTECCIÓN S.A., a su vez de efectúe la nulidad e ineficacia del traslado de aportes del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS S.A., asimismo, los que fueron trasladados de dicho fondo a SKANDIA S.A. y posteriormente a PROTECCIÓN. Finalmente, pretende se condene al pago de costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, expuso que nació el 8 febrero de 1967 y realizó cotizaciones al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES en diciembre de 1986, a ECOPETROL desde noviembre a diciembre de 2003, y posteriormente desde marzo de 2004 a la fecha a las administradoras de pensiones COLFONDOS, SKANDIA y PROTECCIÓN, fondos privados que no tuvieron en cuenta el tiempo de servicios prestado a ECOPETROL desde el 30 de junio de 1988 hasta el 17 de noviembre de 2003, según consta en el formulario CETIL.

Relató que radicó ante las demandadas en junio de 2020, solicitud de nulidad del traslado a COLFONDOS y la devolución de sus aportes a COLPENSIONES. De otra parte, sostuvo que las encartadas al momento de la afiliación y desafiliación no cumplieron con su deber de información, asesoría y buen consejo, tampoco brindaron la doble asesoría, ni realizaron un comparativo de su escenario pensional en ambos regímenes pensionales, ni una proyección del valor de la indemnización o devolución de saldos, como tampoco le informaron sobre los mecanismos de protección a la vejez. (Archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda, señalando que la actora suscribió formulario de solicitud de vinculación a ese fondo como traslado de COLFONDOS, afiliación que se hizo efectiva el 1º de marzo de 2011 y estuvo vigente hasta el 31 de mayo de 2013. Añadió que la elección libre y voluntaria de la gestora, se materializó con la suscripción del formulario de afiliación, tal y como lo dispone el artículo 2 del Decreto 1642 de 1995; luego, la decisión del traslado de régimen pensional es una decisión legal amparada por la buena fe de parte de los fondos y de la demandante y, goza de efectividad en aras de crear una seguridad jurídica para las partes, lo cual no puede derrumbarse cuando la demandante a portas de adquirir su derecho pensional decide trasladarse.

Como excepciones propuso las que denominó cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares, ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe y la genérica. (Archivo 04).

COLFONDOS S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones. Al respecto, señaló que brindó a la actora una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, además, la asesoró sobre las características y funcionamiento de ese régimen, sobre las diferencias entre el régimen de ahorro individual y el régimen de prima media, las ventajas y desventajas, y el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen. Además, dijo que la nulidad alegada no cumple los presupuestos de los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993.

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, validez de la afiliación al régimen de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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. (Archivo 05).

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones del escrito de demanda, aduciendo que dentro del expediente no obra prueba alguna que permita colegir que a la promotora se le hizo incurrir en error por parte de la administradora de pensiones, o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, tampoco presentó inconformidad sobre el traslado, al contrario se observa que las documentales se encuentra sujetas a derecho, y se hizo de manera libre y voluntaria sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, igualmente en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 y la actora se encuentra inmersa en la prohibición de traslado de régimen reglado en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Propuso las excepciones de mérito de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (Archivo 06).

Por su parte, 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad 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, la innominada o genérica y aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto. (Archivo 07).

Por auto de 2 de febrero de 2022, mediante el cual se tuvo por contestada la demanda a COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y COLFONDOS S.A., negó el llamamiento en garantía que realizó SKANDIA a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., decisión que confirmó esta Corporación en proveído de 31 de marzo de 2022. (Archivo 09 y archivo denominado *01ApelacionAuto.PDF* de la carpeta 02SegundaInstancia).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 21 de noviembre de 2022, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por la señora MARTHA LIGIA URIBE PRADA al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido el 2 de febrero de 2004. En consecuencia, DECLARA que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. fondo en el que se encuentra los dineros de la demandante, a trasladar a COLPENSIONES, esto es, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus correspondientes rendimientos, bonos pensionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Así mismo, a la devolución de los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional debidamente indexados a la fecha de entrega a COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A. a remitir a COLPENSIONES, los dineros que recaudó por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduró la aparente afiliación a esos fondos debidamente indexadas, conforme quedó explicado precedentemente.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir los dineros provenientes de las demandadas, y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora conforme quedó explicado en esta providencia.

QUINTO: DECLARAR que COLPENSIONES bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADA las excepciones propuestas por las demandadas.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas a las demandadas COLFONDOS, PROTECCION, SKANDIA y COLPENSIONES.”

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* trajo a colación los artículos 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, que establecen la selección libre y voluntaria de régimen pensional y los requisitos para el traslado, 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 artículo 97 del Decreto Ley 663 de 1993 establecía el deber de información a los usuarios con el fin de escoger las mejores opciones del mercado. Aspecto que ha sido reiterado por la Corte Suprema de Justicia, la cual ha enfatizado que desde su fundación los fondos privados tienen la obligación de brindar una información objetiva y que asuntos como este deben ser abordados desde la óptica de las ineficacias.

Seguidamente, indicó que la jurisprudencia del órgano de cierre de esta especialidad ha señalado que recae en las administradoras de pensiones la carga de la prueba. Acotó que la actora se encontraba realizando aportes al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES cuando se trasladó de régimen a COLFONDOS S.A. de donde se trasladó a SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS y luego se vinculó con PROTECCIÓN, siendo COLFONDOS quien debía probar el cumplimiento del deber de información el cual no se acreditó en el plenario y además no tienen incidencia los demás traslados horizontales que realizó.

En consecuencia, ordenó a PROTECCIÓN A.S.A., trasladar a COLPENSIONES los dineros que se encuentren en la cuenta de la actora, junto con sus rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, seguros



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

previsionales y el porcentaje destinado al fondo de pensión mínima debidamente indexados, en cuanto a COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A. ordenó retornar los gastos de administración indexados a COLPENSIONES. Declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a todas las demandadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

El apoderado de la parte actora en su alzada solicita se condene en costas y agencias en derecho de esta instancia, a las administradoras de pensiones que impugnen la decisión de primer grado.

Por su parte, SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A., en su apelación señala que existe una norma que regula lo atinente al traslado de recursos entre regímenes pensionales de manera taxativas, los aportes y el fondo de garantía de pensión mínima, por lo que no es viable ordenar la devolución de los gastos de administración indexados, los cuales ese fondo ya trasladó a PROTECCIÓN S.A., por lo que solicita se revoque el numeral tercero de la sentencia de instancia y además la parte actora no los solicita, y de ordenar la devolución de tales rubros se debería compensar tales conceptos con las sumas relacionadas con los rendimientos. Igualmente, solicita se analice la prescripción de los gastos de administración en lo que atañe a esa administradora.

La demandada COLPENSIONES solicita se revoque la sentencia de primer grado, dado que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado de régimen del artículo 2º de la Ley 797 de 2003, además no se tuvo en cuenta que la motivación de la gestora para solicitar el traslado es económica, no siendo su motivación la falta al deber de información, por último, solicita no se le condene en costas de primera y segunda 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*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el 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, contrario a lo aducido por COLPENSIONES en su alzada.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aporta el formulario de afiliación que efectuó la actora el 2 de febrero de 2004, con COLFONDOS S.A., afiliación que se hizo efectiva a partir del 1º de abril de esa misma anualidad, como traslado de COLPENSIONES, lo cual se puede colegir del reporte SIAF. (Fls. 95 y 99 - archivo 05 - carpeta 001). Igualmente, se encuentran los formularios de afiliación a SKANDIA S.A. de 28 de enero de 2011 y a PORTECCIÓN S.A. de 26 de abril de 2013, traslados que se efectivizaron el 1º de marzo de 2011 y el 1º de junio de 2013, respectivamente, según la certificación SIAFP. (folios 39 - archivo 04 y folios 25 y 56 archivo 07 – carpeta 01).

Formulario que, si bien refieren 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, la actora en la declaración de parte que depuso, indicó que no ha solicitado la pensión de vejez a los fondos privados; que al momento del traslado de régimen estaba laborando para ECOPETROL, data para la cual cuando se trasladó a COLFONDOS S.A.; que dicho empleador les manifestó que no se podrían pensionar con esa empresa, por lo que debían afiliarse a un fondo privado; que la asesora de ese fondo no le dijo que sus aportes estarían en una cuenta individual de ahorro y que la pensión dependía de tales ahorros, precisó que el traslado de régimen fue producto de una directriz del empleador. Adujo que el traslado a SKANDIA se dio por cuanto le ofrecieron mejores rendimientos, sin brindar más información, pues solo adujeron que se

encargarían del traslado; finalmente que la posterior vinculación a PROTECCIÓN S.A., fue en tanto le señalaron que era más beneficioso que tuviese el capital de la pensión en el mismo fondo de cesantías, además ese fondo quedaba cerca a su lugar de trabajo, sin que le se explicara lo referente a los aportes voluntarios y los rendimientos. Sostuvo que su inconformidad refiere a la diferencia en su mesada pensional y que fue su apoderado quien le explicó la diferencia entre ambos regímenes.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información por parte de COLFONDOS S.A.; luego, según lo ha adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, luce 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 perjudicarlo
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 2004, 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 de la promotora, situación que en efecto tiene incidencia en su prestación pensional, por lo que no solo se trata de un tema económico como lo señala COLPENSIONES en su alzada.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, los cuales fueron objeto de inconformidad por parte de SKANDIA S.A. en su apelación, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que 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, siendo a todas luces improcedentes los argumentos de SKANDIA S.A., sobre ese puntual aspecto.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado, cumple 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 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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.”



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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, por tal motivo los argumentos de SKANDIA al respecto no gozan de prosperidad.

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 haberse opuesto a las pretensiones de la demanda, 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, expuso 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”.

Se debe señalar además que por activa en la alzada no aduce en realidad reparo alguno frente a la decisión de primer grado, en tanto solo señaló una eventual condena en costas en esta instancia, por lo cual la Sala se abstiene de pronunciarse sobre tal recurso.

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.

Dimana de lo expuesto, la procedencia de la devolución de los conceptos que ordenó el juez de instancia a cargo de los fondos privados, y la correspondiente



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

indexación de los estos y con cuenta a su propio patrimonio, sin que, de manera alguna, puedan ser compensado con los rendimientos como lo pretenden SKANDIA S.A. Así las cosas, la sentencia de primer grado será confirmada.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron, contrario a lo sostenido por la parte actora en su alzada.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de noviembre de 2022, por el Juzgado Veintidós 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

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado



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

Ordinario Laboral: 1100131050 24 2019 00614 01
 Demandante: LUZ ADRIANA ALDANA CAÑON
 Demandados: COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero 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 25 de agosto de 2022 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 LUZ ADRIANA ALDANA CAÑON promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., con la finalidad que se declare la nulidad del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, debido a la inadecuada asesoría e inducción en error en la que le hizo incurrir la asesora comercial de COLFONDOS S.A., y se declare sin solución de continuidad su afiliación al régimen de prima media con prestación definida.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, pretende se condene a COLFONDOS S.A. a entregar a COLPENSIONES el bono pensional, los aportes existentes en su cuenta individual con el respectivo cálculo actuarial, más los rendimientos financieros, intereses, comisiones y los gastos de administración y servicios financieros. Además, se ordene a COLPENSIONES que reciba tales emolumentos.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 31 de agosto de 1964 y se afilió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES, el 30 de diciembre de 1987, realizando cotizaciones de diciembre de 1987 a marzo de 1995, alcanzando un total de 261.71 semanas.

A continuación, relató que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de COLFONDOS S.A. en abril de 1995, sin que la asesora de ese fondo le informara de las consecuencias que le acarrearía el traslado, por lo que suscribió el formulario de vinculación el cual diligenció la asesora sin advertirle que por medio de ese documento se trasladaría de régimen pensional.

Sostuvo que la asesora no le informó sobre las ventajas y beneficios de seguir en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto a la edad y monto de la pensión. Sin embargo, si le indicó que, si no se trasladaba a un fondo privado de pensiones, perdería los aportes efectuados al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, pues esa entidad desaparecería y el Gobierno Nacional no garantizaría el pago de las pensiones futuras.

Narró que la asesora del fondo privado le informó que su pensión sería reconocida al cumplir 55 años de edad y que obtendría una mesada pensional superior a la que le correspondería en el ISS. De esa forma, la asesora no la ilustró sobre las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, además no le indicó que el monto de su pensión en ese régimen dependía del capital acumulado en una cuenta de ahorro individual, de acuerdo a su situación presente y futura, tampoco le dijo sobre la posibilidad de efectuar aportes voluntarios, ni las modalidades de pensión en ese régimen.

Mencionó que COLFONDOS S.A. le entregó el 28 de junio de 2019 una proyección pensional en la que le indica que, a la edad de 57 años el valor de su pensión sería de \$828.116, suma que no corresponde a lo prometido por la asesora del fondo privado, pues según proyección su mesada en el régimen de prima media con prestación definida, sería superior a la ofrecida por COLFONDOS S.A.; agregó que para esa calenda contaba con 1.402 semanas cotizadas.

Por último, expuso que radicó reclamación administrativa ante COLPENSIONES el 10 de julio de 2019, solicitando que tramitara ante COLFONDOS S.A. la entrega del ahorro efectuado en su cuenta individual por efectos de su retorno al régimen que administra, pedimento que fue negado por esa entidad. (Folios 4 a 14 y 81 a 92 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que la actora se encuentra inmersa en la prohibición de traslado estatuida en la Ley 797 de 2003 que modificó la Ley 100 de 1993, situación que contraría disposiciones de orden legal y el principio de sostenibilidad financiera, lo que acarrearía una descapitalización del fondo común administrado por COLPENSIONES. Adicionalmente, expuso que el traslado de régimen se dio de manera libre y voluntaria en ejercicio del derecho de libre escogencia.

Propuso como excepciones de mérito 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, 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. (Fls. 188 a 220 y 506 a 531 Archivo 01).

Por su parte, COLFONDOS S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Argumentó que la afiliación de la actora al R.A.I.S. se presentó en virtud de su derecho de libre escogencia de fondo de pensiones, resaltando que los asesores de esa administradora le brindaron una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado, siendo asesorada acerca de las características del R.A.I.S., y las diferencias entre ambos regímenes pensionales, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en el R.A.I.S., el derecho de retracto y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en uno u otro régimen pensional. Además, enfatizó que no existe razón para declarar nulo o ineficaz el acto de traslado, ya que en ningún momento se está vulnerando el derecho pensional de la actora, pues lo puede obtener en ese régimen, siempre y cuando cumpla con los requisitos de ley.

Como excepciones formuló las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe y la innominada, 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 compensación y pago. (Fls. 384 a 401 archivo 01).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 25 de agosto de 2022, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación que hizo la señora LUZ ADRIANA ALDANA CAÑON al RAIS a través de COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS el 9 de marzo de 1995, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

“SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos la señora LUZ ADRIANA ALDANA CAÑON, nunca se vinculó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, contrario a ello, siempre estuvo en Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

“TERCERO: ORDENAR a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la afiliación de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

señora LUZ ADRIANA ALDANA CAÑÓN como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., ello significa que debe trasladar a COLPENSIOES la totalidad el capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados conforme lo dispuesto en la parte motiva de esta decisión.

“CUARTO: ORDENAR a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir a la señora LUZ ADRIANA ALDANA CAÑÓN como su afiliada, actualizar y corregir su historia laboral, una vez reciba los dineros que le debe trasladar COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS.

“QUINTO: DECLARAR no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas.

“SEXTO: Sin condena en costas en la instancia”.

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 cada cinco (5) años, sin que fuera posible trasladarse antes de estar a diez años de la edad de pensión.

De otro lado, hizo mención al artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el cual hace alusión a la información que deben suministrar los fondos a los usuarios, 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 COLFONDOS 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.

Agregó, que si bien en el *sub-examine* se solicita la nulidad de la afiliación, el órgano de cierre de esta especialidad ha sostenido que esta clase de procesos se debe abordar desde la institución de la ineficacia, por lo cual dispuso la consecuente devolución de saldos, incluyendo de manera indexada lo atinente a

gastos de administración, entre otros rubros y declaró no probada la excepción de prescripción. Finalmente se abstuvo de imponer condena en costas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES S.A. la apeló. En la alzada solicita se revoque la sentencia de primer grado, argumentando que se no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, pues esa entidad es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre el demandante y la AFP enjuiciada, actos jurídicos que tiene efectos inter partes, por lo que independiente de la decisión que adopte la autoridad judicial, no se le puede favorecer ni perjudicar, de allí que no se le debe ordenar recibir a la actora como afiliada al régimen de prima media con prestación definida, pues de llevarse a cabo ese actuar se estaría dando paso a un desequilibrio financiero en el sistema de seguridad social. Además, sostuvo que la gestora se encuentra en la prohibición legal de traslado de régimen establecido en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Finalmente, adujo que con la declaratoria de la ineficacia del traslado se debe ordenar la devolución de las cotizaciones, cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión de mínima, los rendimientos, anulación de bonos pensionales, seguros previsionales y gastos de administración. Seguidamente, señaló que, de confirmarse la condena primigenia, se debe condenar a la AFP accionada a pagar a esa entidad los perjuicios económicos que se le generen con tal decisión, en atención a que, en virtud de la teoría del daño del derecho civil, quien causa el daño es quien debe repararlo.

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 9 de marzo de 1995 con

COLFONDOS S.A., la cual fue efectiva a partir del 1º de abril de esa misma anualidad, como se aprecia de la certificación del SIAFP (Fls. 402 y 402 - archivo 01), 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”*.

Por otra parte, la promotora en el interrogatorio de parte que rindió señaló que estando al servicio del empleador CONGREGACIÓN DE RELIGIOSOS CAPUCHINOS, en abril de 1995 una asesora de COLFONDOS organizó una reunión en su sitio de trabajo, quien les manifestó que el ISS se liquidaría, quedando en vilo su futuro pensional. Sostuvo que no le informó que tendría una cuenta individual y que su mesada dependía del capital ahorrado; que sobre esos aspectos solo se enteró hace tres años cuando indagó sobre su situación pensional, misma situación que aconteció con el bono pensional; indicó que si le informaron que sus aportes tendrían rendimientos y por último aclaró que la reunión fue corta, en tanto se encontraban en horario laboral, por lo que la asesora diligenció el formulario y ella lo suscribió.

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 documental que contiene información 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 la 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:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
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 demandada 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, 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.

Respecto a la posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado, al que hace alusión COLPENSIONES en su 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 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 juez de primer grado de ordenar 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.

Por último, no es dable realizar consideración alguna frente a la pretensión esgrimida en la alzada de COLPENSIONES de condenar a la AFP a repararla por perjuicios, en tanto no fue objeto del debate judicial.

SIN COSTAS en esta instancia.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:



PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, el 25 de agosto de 2022, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
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 CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 24 2021 00136 01
Demandante: MERCY VALLEJO APOLINAR
Demandados: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de PORVENIR S.A. al abogado NICOLÁS EDUARDO RAMOS RAMOS, identificado con cédula de ciudadanía 1.018.469.231 y T.P. 365.094 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 las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 15 de noviembre de 2022 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 MERCY VALLEJO APOLINAR promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin de declararse la ineficacia e inoperancia de los efectos del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que realizara a través de PORVENIR S.A., al no predicar la existencia de consentimiento libre, voluntario e informado al momento de la vinculación del fondo privado.

Que con ocasión, se condene a PORVENIR S.A. restituir a COLPENSIONES los valores obtenidos en virtud de la vinculación, como cotizaciones y bonos pensionales, gastos de administración con todos los rendimientos que se hubiesen causado.

Asimismo, se ordene a COLPENSIONES tenerla como afiliada sin solución dentro del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, así como a recibir los valores obtenidos mientras estuvo vinculada en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, a contabilizar para efectos de pensión, las semanas cotizadas en dicho régimen, más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, expuso que se vinculó al sistema general de pensiones el 1º de febrero de 1995 a través del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, trasladándose el 1º de octubre de 1998 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de la AFP PORVENIR S.A.

Que al momento del traslado realizado con destino del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no fue informada de cuánto era el capital acumulable en su cuenta de ahorro individual para así poder llegar a adquirir el derecho a una pensión y sobre qué monto; no se le indicó que todo el aporte mensual que realizara no estaba destinado a su cuenta individual y que parte del mismo sería destinado al pago de primas de seguros para atender las pensiones de invalidez y de sobrevivientes, la asesoría para la contratación de la renta vitalicia, financiar el fondo de solidaridad pensional y cubrir el costo de administración del régimen.

Seguidamente, relató que tampoco se le informó sobre la posibilidad de negociar su bono pensional entregado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con la finalidad de anticipar su pensión, la expectativa de vida legítima, el derecho de retracto, entre otros aspectos de desinformación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. contestó la demanda indicando que la afiliación realizada por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se llevó a cabo a través de una información suministrada por los respectivos asesores precedida de las características propias del régimen, en forma oportuna, clara, suficiente, concreta, adecuada y veraz respecto de todas las características.

Que la información fue clara, suficiente, concreta, adecuada y veraz respecto de las características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, siendo finalmente el afiliado quien decide vincularse o no de forma libre, voluntaria y sin presiones.

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

COLPENSIONES por su parte contestó la demanda argumentando que si bien desconoce las circunstancias de modo, tiempo y lugar de cómo se llevó a cabo la asesoría de la actora cuando se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no es menos cierto que si decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias de dicho régimen, y se debió a la información a ella brindada por parte de los asesores de la AFP que condujeron a efectuar el traslado, más aún cuando de los fundamentos fácticos y jurídicos y la documental allegada dentro del acervo probatorio, no obra ninguna tendiente a demostrar que se configuró algún vicio en el consentimiento al momento de su afiliación que conduzca a algún tipo de invalidación.

Formuló como medios exceptivos los denominados inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en caso 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 adiciona 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, falta de agotamiento de la reclamación administrativa y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 15 de noviembre de 2022, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación que hizo la señora MERCY VALLEJO APOLINAR al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales la señora MERCY VALLEJO APOLINAR nunca se vinculó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, contrario a ello, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

TERCERO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora MERCY VALLEJO APOLINAR, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., ello significa, que debe trasladarse a COLPENSIONES 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.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a recibir a la señora MERCY VALLEJO APOLINAR como afiliada, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba los dineros que le debe trasladar a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR.

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

SEXTO: Sin condena en costas.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

SÉPTIMO: En caso 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 Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de Consulta.”

Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia 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 cada cinco (5) años, sin que fuera posible trasladarse antes de estar a diez años de la edad de pensión.

De otro lado, el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el cual hace alusión a la información que deben suministrar los fondos a los usuarios; 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, dispuso la devolución de saldos, incluyendo de manera indexada lo atinente a gastos de administración y declaró no probada la excepción de prescripción.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. la apeló. Indicó en su alzada que la demandante en su interrogatorio de parte confesó que el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad obedeció a una decisión voluntaria acompañada a través de un asesor, máxime si el formulario de afiliación fue suscrito por la actora de manera libre, en el que se dejó constancia que al momento del traslado se le informó en forma fidedigna todos los aspectos que conllevarían dicho traslado.

Que de igual manera, la demandante contó con múltiples oportunidades para retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin llevar a cabo tal actuar en su momento, lo que demuestra el desinterés de la promotora de este juicio en retornar en legal forma, más aún si su único propósito es que se declare ineficaz su traslado para la obtención de una posible pensión más alta de la que podría obtener en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Al unísono, refirió que para el momento del traslado de la demandante el único requisito legal era la suscripción del formulario de afiliación, tópico que se llevó a cabo, adicional a que en la actualidad se encuentra inmersa dentro de la prohibición legal de que trata el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

De otra parte, expuso que de mantenerse en firme la declaratoria de ineficacia, debe ponerse de presente que no debe prosperar lo referente al pago de aportes a garantía de pensión mínima y gastos de administración de manera indexada, así como al traslado de cotizaciones, bonos pensionales y rendimientos, pues atendiendo el principio de restituciones mutuas, esos rendimientos no debieron existir en la cuenta de ahorro de la actora, como quiera que los mismos únicamente se generan en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; circunstancia por la cual, de prosperar la indexación conduciría a la configuración de un enriquecimiento sin justa causa frente a COLPENSIONES y a su vez una doble condena como AFP.

Siguió su argumento en que debe ponerse de presente que los gastos de administración se utilizan con la finalidad de generar rendimientos en la cuenta de ahorro individual de la demandante de conformidad con lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, de ahí que tales rubros no se encuentren dentro de sus arcas.

Por último, sobre la condena en costas determinada por la *a-quo*, expuso que no hay lugar a declaratoria de la ineficacia del traslado, así como que en todo momento ha obrado de buena fe.

COLPENSIONES refirió en su alzada que la demandante se trasladó de manera libre y voluntaria del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad y, como quedó consignado dentro del proceso,

recibió la información necesaria que para dicha data era obligatoria, por lo que se puede concluir que el traslado goza de plena validez.

Que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, por lo que no le asiste el derecho ni la posibilidad de trasladarse libremente entre regímenes puesto que se encuentra inmersa dentro de la prohibición legal contemplada en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, situación que afecta sus recursos ya que se le están imponiendo cargas adicionales, lo que pone en peligro la 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 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*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“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 PORVENIR S.A. el 28 de mayo de 1999 y por intermedio de HORIZONTE hoy también PORVENIR S.A. el 20 de abril de 2011 respectivamente (Fls. 45 y 46 – PDF 005 CONTESTACIÓN DEMANDA PORVENIR S.A.), formularios que, si bien refieren 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 aquí demandante señora MERCY VALLEJO APOLINAR 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 PORVENIR 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; por el contrario, lo que manifestó fue que asesores de la AFP realizaron una asesoría grupal a varios compañeros de trabajo, incluida ella, de aproximadamente 10 minutos, donde lo único que se le puso de presente fue que podría pensionarse a una edad inferior que la regulada dentro del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pero sin advertirle características propias incluso del mismo Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Por lo anterior 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:*

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de



	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	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 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 que alega PORVENIR S.A., se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación

Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

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

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

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

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparea que COLFONDOS S.A. Deba devolver los 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 que alega COLPENSIONES en su alzada, 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

Así las cosas, 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 la demandada 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 esa accionada se opuso a las pretensiones de la demanda, además, fue condena a trasladar los aportes y demás contingencias referidas en precedencia con destino a COLPENSIONES, por lo que

es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas, pues resulta evidente que fue vencida en juicio.

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, la sentencia de primera instancia será adicionada. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR los numerales segundo, tercero y cuarto de la sentencia proferida el 15 de noviembre de 2022 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada PORVENIR S.A., AFP donde la demandante se encuentra afiliada en la actualidad, a que transfiera 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 debidamente 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.

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.

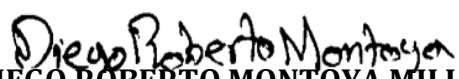
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

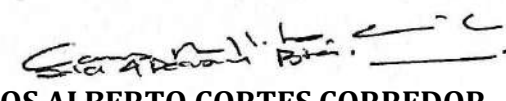
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
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 CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 26 2020 00266 01
Demandante: MARÍA DEL CARMEN JIMÉNEZ ALMANZA
Demandados: COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de SKANDIA S.A. al abogado DANIEL FRANCISCO GÓMEZ CORTÉS, identificado con cédula de ciudadanía 1.019.133.337 y T.P. 389.914 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 SKANDIA S.A. en contra de la sentencia proferida el 21 de noviembre de 2022 por el Juzgado Veintiséis 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 MARÍA DEL CARMEN NIMÉNEZ ALMANZA promovió demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., con la finalidad de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

que se declare la ineficacia de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que realizara a través de la encartada PROTECCIÓN S.A. y, por consiguiente, se disponga su traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

Por consiguiente, se condene PROTECCIÓN S.A. en devolver al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES el saldo total que repose en su cuenta de ahorro individual, el pago a razón de 50 S.M.L.M.V. de conformidad con lo preceptuado en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993 como consecuencia de la conducta perjudicial en contra de su derecho pensional ante la falta del suministro de una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materia de alta complejidad.

Igualmente, se condene a PROTECCIÓN S.A. enviar con destino a COLPENSIONES el valor de los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en su cuenta de ahorro individual, junto con el reembolso de forma integral de los cobros y gastos de administración descontados de sus aportes pensionales.

En últimas, se condene a COLPENSIONES aceptar su vinculación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida junto con el traslado de los aportes, rendimientos financieros y devolución de gastos de administración, aceptándola en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin solución de continuidad, más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que se vinculó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a través del extinto ISS desde 1981, realizando su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PROTECCIÓN S.A. en el mes de abril de 1994.

Que PROTECCIÓN S.A. contrató un sin número de vendedores o asesores comerciales para la aceptación de trabajadores y su respectiva afiliación ante



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

sus dependencias, manifestando a su vez que, si bien se le indujo de manera inapropiada a vincularse al régimen privado, esa situación no fue manifestada por escrito en los términos de que trata el artículo 11 de la Ley 100 de 1993. Asimismo, indicó que logró retornar nuevamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida en el año 1997.

Que los asesores de PROTECCIÓN S.A. nuevamente la indujeron a trasladarse nuevamente por error en el año 1994 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pero sin un amplio e idóneo conocimiento en temas de seguridad social.

Seguidamente, relató que en su momento le fue manifestado que al trasladarse no perdería ninguno de los beneficios económicos contenidos en el régimen público, al igual que atendiendo los reiterativos errores por los que se le asesoró inicialmente, fue por lo que efectuó traslados horizontales por intermedio de las AFP PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL, concluyendo que en ningún momento fue asesorada de manera objetiva, sin alguna simulación o comparación pensional entre ambos regímenes pensionales, entre otros aspectos de desinformación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que la afiliación que efectuara la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de sus dependencias fue un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y cualquier fuerza para realizarlo, máxime si el formulario de afiliación suscrito se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acción que tiene por demás la naturaleza de un verdadero contrato para las partes, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones.

Promovió las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, falta del juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 derecho de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

COLPENSIONES refirió en su defensa el oponerse a las pretensiones, precisando que el traslado de régimen realizado por la demandante no carece de los elementos necesarios exigidos por la ley, en razón a que la actora no probó causal alguna de nulidad respecto de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. como lo manifiesta, teniendo en cuenta que la misma cumple con los presupuestos legales para su exigencia ante la vida jurídica de conformidad con lo establecido en el Decreto 692 de 1994 y el Decreto 720 de la misma anualidad, máxime si en ejercicio de la libre escogencia en los términos reglados en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 decidió trasladarse.

Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos.

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá mediante proveído fechado el 12 de julio de 2021, vinculó al trámite procesal a PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y COLFONDOS S.A., (PDF 12 – AUTO TIENE POR CONTESTADA DEMANDA – ADMITE VINCULACIÓN).

Por tal razón, COLFONDOS S.A. manifestó que cuenta con un procedimiento de capacitación dirigido a sus asesores comerciales, el cual consiste en darles todas las herramientas e información necesarias para que atiendan y transmitan las características propias del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a los posibles afiliados; circunstancia por la cual, fue por lo que a la demandante con anterioridad a la vinculación ante sus dependencias se le explicaron los pormenores necesarios, siendo prueba de ello la suscripción del formulario de afiliación.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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.

A su turno PORVENIR S.A. refirió en su contestación que la afiliación que realizara la demandante ante sus dependencias se llevó a cabo de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños, después de haber sido amplia y oportunamente informada sobre el funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y de sus condiciones pensionales tal como se aprecia en la solicitud de vinculación, documento que se presume auténtico en los términos dispuestos en los artículos 243 y 244 del C.G.P. y el Parágrafo del artículo 54 A del C.P.T. y de la S.S.

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

SKANDIA S.A. argumentó que la actora suscribió el formulario de afiliación de forma libre, autónoma e informada en el cual declaró conocer el plan al que se estaba acogiendo, sumado a que toda la estructura y condiciones de ambos regímenes pensionales se encuentra cabalmente estipulada en la Ley 100 de 1993 y demás normas complementarias, por lo que no resulta plausible que la actora alegue que no fue asesorada de manera completa, clara, veraz, oportuna, adecuada y suficiente sobre las diferencias de los regímenes, así como los beneficios y desventajas al momento de suscribir el formulario de afiliación.

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

Aunado a lo anterior, SKANDIA S.A. elevó llamamiento en garantía respecto de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. con el argumento que la demandante estuvo afiliada en cuanto a contingencia pensional ante sus dependencias entre los años 2011 y 2013, por lo que dándose cumplimiento a lo estatuido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, suscribió con dicha aseguradora un contrato de seguro previsional con la finalidad de cubrir principalmente los riesgos de invalidez, vejez y muerte de sus afiliados, entre ellos la demandante,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

contrato previsional que tuvo como vigencia el periodo comprendido entre el 1º de enero de 2011 y el 31 de diciembre de 2013.

Que por tal razón y al haber trasladado a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. en cumplimiento de las disposiciones legales vigentes los conceptos dinerarios, primas para el cubrimiento de los riesgos de invalidez y muerte, en la actualidad no se cuentan con dichos recursos, de ahí que se necesite la vinculación de la aseguradora, puesto que en caso de condenársele a devolver los aportes a la demandada COLPENSIONES, junto con los gastos de administración de que trata el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, es la aseguradora quien debe responder por la contingencia.

Al haberse aceptado el llamamiento en garantía por parte de la operadora de instancia, fue por lo que MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. contestó manifestando que no intervino en la asesoría que SKANDIA S.A. llevara a cabo respecto de la demandante, al igual que las primas recibidas por la AFP a razón del seguro previsional fueron legítimas en virtud del contrato pactado con la referida SKANDIA S.A., contrato que no adolece de vicio alguno y el cual habilita en razón a la ubérrima buena fe.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe exenta de culpa que genera prima devengada, prescripción y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 21 de noviembre de 2022, resolvió:

“PRIMERO. DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante **MARÍA DEL CARMEN JIMÉNEZ ALMANZA** 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 **MARÍA DEL CARMEN JIMÉNEZ ALMANZA**, junto con sus rendimientos financieros, el porcentaje correspondiente a gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, así como el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Lo anterior, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. CONDENAR a los fondos de pensiones **PORVENIR, SKANDIA y COLFONDOS** a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** los dineros descontados de la cuenta de ahorro individual de la demandante que correspondan a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Lo anterior, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO. CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** para que acepte dicha transferencia y contabilice, para todos los efectos pensionales, las semanas cotizadas por la demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

SEXTO. ABSOLVER a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** de las pretensiones del llamamiento en garantía, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO. CONDENAR en costas de esta instancia a los fondos de pensiones **PORVENIR, PROTECCIÓN, SKANDIA y COLFONDOS**, a razón de un veinticinco por ciento (25%) a cargo de cada una, fijándose como agencias en Derecho la suma de **DOS MILLONES DE PESOS (\$2'000.000)**.

OCTAVO. CONDENAR en costas de esta instancia a **SKANDIA**, y a favor de la llamada en garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, fijándose como agencias en Derecho la suma de **OCHOCIENTOS MIL PESOS (\$800.000)**."

Para arribar a dicha conclusión, la juzgadora de instancia consideró en primer lugar que en el presente caso debe analizarse si el acto jurídico de traslado resulta ineficaz, según lo establecido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia; asimismo, expuso que esa misma Corporación ha estimado que para que se tenga como una afiliación libre y voluntaria esta debe estar precedida de una información de los 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, debiendo ser analizado dependiendo el momento histórico en el que se realizó la vinculación y que para el efecto el formulario de afiliación no es prueba suficiente de la decisión informada derivada de la información entregada por el fondo, carga que corresponde a las AFP.

Descendiendo al caso en concreto, refirió que la aquí demandante realizó distintos traslados horizontales en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pero a pesar de ello y en atención de lo estatuido por la Corte Suprema de Justicia, las AFP no lograron demostrar el deber de información y buen consejo al momento del traslado, máxime si se tiene en cuenta que según lo manifestó la demandante en el interrogatorio de parte rendido, no confesó que hubiese tenido una información clara y suficiente con los pormenores de cada régimen pensional.

En consecuencia, ordenó a PROTECCIÓN S.A., actual administrador pensional de la demandante, trasladar con destino a COLPENSIONES los aportes, junto con sus rendimientos financieros causados, el porcentaje correspondiente a gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. En el mismo sentido, ordenó a PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y COLFONDOS S.A. trasladar los dineros descontados por conceptos de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de pensión mínima con cargo a sus propios recursos, así como que dispuso que COLPENSIONES debía tener en cuenta las semanas cotizadas por la demandante.

Declaró no probada la excepción de prescripción, condenando en costas a PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.

Por último, absolvió a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., como quiera que el objeto contractual de las pólizas acreditadas al plenario y vigentes para los años 2011 y 2013 no cubren la contingencia aquí debatida, como lo es la ineficacia de la afiliación.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión SKANDIA S.A. la apeló. Argumentó en su alzada que en todo momento actuó de buena fe con relación al traslado horizontal realizado por la demandante ante sus dependencias, máxime si el mismo se llevó a cabo de manera libre, voluntaria y consiente como quedó consignado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

en el formulario de afiliación, sumado a que la asesoría para ese entonces se llevó a cabo de manera verbal ya que no existía la obligación de consignar otro documento a parte del formulario de afiliación.

Igualmente, expuso que ante la declaratoria de ineficacia debe operar el fenómeno prescriptivo desde la primera afiliación realizada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de conformidad con lo establecido en los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S.

Que resulta improcedente la condena de gastos de administración, como quiera que la comisión se encuentra destinada a retribuir la gestión que deben desarrollar las administradoras pensionales que hacen parte del sistema general de pensiones, luego dicha comisión no hace parte de los dineros o recursos de la demandante o la afiliada, ya que para ambos regímenes la ley ha dispuesto que dicho porcentaje es a favor de las AFP, por lo que de prosperar esta condena se estaría incursionando en un enriquecimiento sin causa y pago de lo no debido a favor de COLPENSIONES.

Por otra parte, arguyó que se realizó una adecuada gestión de la cuenta de ahorro individual de la demandante, cumpliendo con generar una rentabilidad acorde a las directrices legales y a la Superintendencia Financiera, rentabilidades que también son objeto de devolución por la *a-quo*, afectándose el principio de buena fe y confianza legítima.

Frente a la devolución de las primas de invalidez y sobrevivencia, expuso la improcedencia de su restitución como quiera que esa suma únicamente opera cuando existe un siniestro, esto es, cuando se ha materializado el seguro que se efectiviza al pensionarse la demandante con una prestación de invalidez o sobrevivencia, máxime si son rubros que no fueron discutidos dentro del proceso, así que en lo que atañe a la garantía de pensión mínima, esas sumas ya no se encuentran bajo su peculio por lo que tampoco deben ser objeto de devolución.

Refirió que debe absolversele a razón de las costas procesales impuestas en su contra frente a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., puesto que debe tenerse en cuenta de la posibilidad que existía para solicitar el llamamiento en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

garantía en atención de las pólizas de seguro suscritas; circunstancia por la cual, quien debe asumir la obligación de devolver cualquier suma por concepto de cuotas de seguros previsionales junto con las comisiones o gastos de administración que surjan recaen sobre la aseguradora llamada a juicio. En igual solicitud se estudie la responsabilidad de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS 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 la demandante.

Igualmente, en atención del recurso de apelación interpuesto por SKANDIA S.A. en lo que atañe a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., en caso de prosperar condena en su contra también deberá analizarse la responsabilidad de la aseguradora respecto de la mentada SKANDIA S.A.

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”.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario que suscribiera la demandante con la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. el 15 de abril de 1994, luego a PORVENIR S.A. el 16 de febrero de 2006, con posterioridad a la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. el 12 de diciembre de 2007, a SKANDIA S.A. el 25 de abril de 2011, a COLFONDOS S.A. el 21 de marzo de 2013, retronando nuevamente a PROTECCIÓN S.A. el 1º de enero de 2015, última donde se encuentra vinculada en la actualidad (Fls. 54 – PDF 02 – DEMANDA Y ANEXOS, fls. 49, 50 y 58 – PDF 06 – CONTESTACIÓN PROTECCIÓN S.A., fls. 96 y 97 PDF 14 – CONTESTACIÓN DEMANDA COLDOS S.A., fls. 35 y 38 PDF 15 – CONTESTACIÓN PORVENIR S.A. y fl. 24 PDF 17 – CONTESTACIÓN SKANDIA S.A.), los cuales refieren que la decisión es libre y voluntaria, no obstante, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en indicar que no es prueba suficiente para afirmar que se le suministró al afiliado la información oportuna y veraz; así lo establece en la sentencia de tutela anteriormente citada: “desde la sentencia CSJ SL, 09 Sep

2008, rad. 31989, la sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como <<la afiliación se hace libre y voluntaria>>, <<se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones>> u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.

De otro lado, en el interrogatorio de parte a la demandante tampoco se colige que haya confesado haber sido correctamente informada para trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; por el contrario, lo que expresó fue que se le afilió con ocasión a que asesores de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. se acercaron al lugar donde se encontraba laborando en ese entonces manifestándole que el ISS se extinguiría, por lo que sería más beneficioso guardar su contingencia pensional en el régimen privado, pero sin que se le hubiese brindado una asesoría como por ejemplo acerca de las implicaciones, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, o 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 la hoy PROTECCIÓN S.A. por cuanto no se obtuvo confesión alguna de la debida asesoría al tenor de los preceptos emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, carga probatoria que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de	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 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, dado que la AFP no acreditó el cumplimiento del deber de información para el momento del traslado.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración que endilga SKANDIA S.A. en su alzada, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

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

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

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión. Por lo tanto, se adicionará la sentencia en este sentido y se ordenará a todas las AFP demandas devolver los gastos de administración que hayan percibido con ocasión de la afiliación de la demandante.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Adicionalmente, 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 adicionará la orden emitida en primera instancia.

Ahora bien, la demandada SKANDIA S.A. también alude en su alzada existir responsabilidad por parte de la ASEGURADORA COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., pues en su sentir con ocasión de las pólizas de aseguramiento, es deber de dicha aseguradora respaldar las condenas por concepto de pagos de seguros previsionales junto con las comisiones o gastos de administración.

En aras de desatar el objeto del debate resulta oportuno recordar que el llamamiento en garantía es una figura que permite a la parte accionada convocar al juicio a un tercero, cuando se estime que este tiene la obligación legal de responder por la obligación que pudiere existir en cabeza suya. En tal sentir, el artículo 64 del C.G.P, aplicable a los juicios laborales por remisión expresa del artículo 145 del C.P.T y la S.S, reza:

“Quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, o quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación”.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL 5031-2019, Radicación No. 71196 del 9 de octubre de 2019, explicó que esta figura aplica cuando quiera que se corrobore que el llamado en garantía debe responder por el derecho que esta peticionando el libelista, donde precisó:

“Así, el aludido llamamiento se caracteriza porque una de las partes tiene el derecho contractual o legal de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio o la restitución del pago que llegue a soportar en el juicio, por existir entre él y ese tercero una relación de garantía, es decir, aquella en virtud de la cual ese tercero (garante) está obligado a garantizar un derecho del demandante y, en consecuencia, a reponer a la parte principal (garantizada) lo que haya dado o perdido en virtud de la acción de otra persona. Pero esa no es la única posibilidad, porque suele suceder, que el derecho a citar al tercero proviene de una relación diferente entre los dos, como cuando se discute en materia laboral, si el empleador se subrogó en la ARL en las prestaciones de ese sistema.

“Aquí, lo importante es que exista un afianzamiento que asegure y proteja al llamante contra algún riesgo, pues eso es la esencial del término “garantía”, esto es, protección o defensa contra el ataque de otro sujeto, que por Ley o por convención, el llamado debe salir a cubrir en nombre del llamante”.

Ahora bien, en el *sub-examine* alega la parte recurrente que MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A debe ser condenada en virtud del seguro previsional que fue suscrito con la misma a razón de las pólizas de aseguramiento No. 9201411900149 y 920140700002 que se encontraron vigentes por el periodo comprendido entre el 1º de enero de 2011 y el 31 de diciembre de 2013 (Fls. 33 a 35 PDF 13 – CONTESTACIÓN DEMANDA SKANDIA S.A. Y LLAMAMIENTO EN GARANTÍA).

No obstante, no debe soslayarse que MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., tal como lo adujo el *a-quo*, a la llamada en garantía en manera alguna le asistía el cumplimiento del deber de información al momento del traslado, obligación esta de la AFP, por ende, no es dable dentro del presente condenar a la aseguradora, por lo que habrá de confirmarse este puntualísimo aspecto, lo que a su vez conduce a que se confirmen las costas procesales impuestas a



cargo de SKANDIA S.A. y a favor de la aseguradora al no prosperar su súplicas de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del C.G.P.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR los numerales segundo y tercero de la sentencia proferida el 21 de noviembre de 2022 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada PROTECCIÓN S.A. a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a las sumas correspondientes a rendimientos y comisiones por administración debidamente 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, entendiendo esto, el periodo en el cual estuvo afiliada a COLFONDOS S.A.

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 manera, deberá proceder las demás AFP demandadas, frente a la devolución a COLPENSIONES de los gastos de administración de los aportes efectuados por la demandante mientras estuvo afiliado a esas administradoras.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTÓYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
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 CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 27 2020 00375 01
Demandante: MISAEL RODRÍGUEZ LEÓN
Demandados: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada ASTRID JASBLEIDE CAJIAO ACOSTA, identificada con cédula de ciudadanía 52.938.149 y T.P. 282.206 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

Asimismo, se reconoce personería al abogado NICOLÁS EDUARDO RAMOS RAMOS, identificado con cédula de ciudadanía 1.018.469.231 y T.P. 365.094 del C. S. de la Judicatura, para actuar en representación de PORVENIR S.A.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES en contra de la sentencia proferida el 25 de octubre de 2022 por el Juzgado Veintisiete 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 fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor MISAELE RODRÍGUEZ LEÓN promovió demanda en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin de declararse que PORVENIR S.A. no le suministró una información clara, precisa y transparente sobre la consecuencia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, como tampoco una doble asesoría.

Por consiguiente, se ordene el traslado con destino al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, junto con el pago de costas procesales, más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que en la actualidad cuenta con 62 años de edad, con lo cual cumple con la edad requerida para ser beneficiario de la pensión de vejez.

Que aproximadamente en el año 1994 funcionarios de la encartada PORVENIR S.A. acudieron a la empresa donde laboraba para entonces ofreciéndole el cambio de aseguradora en pensiones, ofertándolo como un nuevo sistema que supuestamente lo iba a beneficiar y otorgando detalles tales como esferos, entre otros, aspectos que conllevaron a que firmara el formulario de traslado de régimen pensional.

Seguidamente, expuso que la información ofrecida no fue clara, precisa, suficiente ni muchos menos transparente, puesto que nunca le informaron las nefastas consecuencias de la decisión que en ese momento estaba adoptando.

Que ante la información sufrida fue engañado asaltándose su buena fe, aprovechándose de su ignorancia sobre el tema pensional, sumado en que en ningún momento se le informó acerca de las diferencias entre cada uno de los regímenes pensionales existentes, aspectos que en la actualidad afectan su futuro pensional.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, indicando que la afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad fue completamente válido, como quiera que estuvo precedido de una asesoría oportuna, profesional, informada y ajustada a lo preceptuado en el Decreto 663 de 1993, precisando a su vez que el deber de doble asesoría nace con mucha posterioridad a la vinculación del actor con el régimen privado, de ahí que resulte improcedente declarar el incumplimiento de un deber que no estaba vigente al momento del traslado.

Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad y buena fe.

COLPENSIONES por su parte expuso refirió oponerse al traslado perseguido por el demandante como quiera que del caudal probatorio acreditado al plenario reflejan una legalidad de la afiliación ante PORVENIR S.A., situación que a su vez advierte que dicho acto se llevó a cabo de manera libre y voluntaria sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas.

Que en igual sentido, dentro del presente proceso no se cumplió con los requisitos reglados en la sentencia SU-062 de 2010, por lo que tampoco procedería el traslado según los términos del artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

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

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 25 de octubre de 2022, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del señor MISAELE RODRIGUEZ LEON del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor MISAELE RODRIGUEZ LEON, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES afiliar nuevamente al señor MISAELE RODRIGUEZ LEON al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir las cotizaciones provenientes de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de prescripción, 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, caducidad, inexistencia de causal de nulidad y saneamiento de la nulidad alegada, formuladas por COLPENSIONES y 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 formuladas por PORVENIR S.A., conforme lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONDENAR a la demandada la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. al pago de las costas del proceso en la suma de \$2'000.000 como agencias en derecho.”

Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia indicó que atendiendo la línea trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, a las AFP les corresponde la carga probatoria de demostrar el suministro a sus potenciales afiliados de una información detallada y pormenorizada sobre las ventajas y desventajas de cada uno de los

regímenes pensionales, situación que dentro del presente asunto PORVENIR S.A. no logró demostrar, adicional a que, el formulario de afiliación no es prueba idónea para satisfacer lo pertinente.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Argumentó en su alzada que, al momento de la solicitud del retorno de régimen pensional elevada por el demandante, el mismo contaba con 63 años de edad, por lo que se encuentra en la prohibición legal descrita en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, la cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Además, resaltó que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre encontrarnos en presencia de algún vicio del consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil, aunado a que no existe un error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir respecto de la ineficacia o acto jurídico celebrado entre el demandante y PORVENIR S.A. al no tratarse de un error de nulidad, más aún si la nulidad no fue alegada dentro del término dispuesto en el artículo 1750 del mentado Código Civil.

Al unísono, refirió que existió ratificación expresa o tácita del actor de sanear el presunto vicio del consentimiento como lo regula el artículo 1754 *ejusdem* l ejecutar de manera voluntaria lo acordado en el contrato que conllevó al traslado al permitir los descuentos respectivos en sus aportes pensionales por parte de PORVENIR S.A. También relató que debe tenerse en cuenta la figura de descapitalización del sistema de llegarse a producir el traslado del demandante según criterio jurisprudencial emanado por la Corte Constitucional.

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*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 AFP PORVENIR S.A. el 22 de febrero de 1995 (PDF 10 – CONTESTACIÓN PORVENIR S.A.), 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 aquí demandante señor MISAEL RODRÍGUEZ LEÓN 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 PORVENIR S.A. se le hubiese brindado una asesoría ajustada a derecho, incluido tal aspecto sobre las implicaciones, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, entre otras situaciones de asesoría que entendiera de manera fehaciente la total información suministrada; por el contrario, lo que manifestó fue que el asesor de entonces además de indicarle que en el régimen privado se pensionaría a los 54 años de edad, en nada le informó de aspectos mínimos tales como la figura de la pensión mínima, los aportes voluntarios, rendimientos, entre otros aspectos, de allí que se pueda colegir la notoria falta de información por parte de PORVENIR S.A. por cuanto no se obtuvo confesión alguna de la debida asesoría al tenor de los preceptos emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, carga probatoria que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.



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

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 alegada por COLPENSIONES en su alzada, 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»”.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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, 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.

Es así como no la decisión de primer grado habrá de adicionarse y modificarse. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales segundo y tercero de la sentencia proferida el 25 de octubre de 2022 por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:

SEGUNDO: DECLARAR INEFICAZ la afiliación efectuada y en consecuencia **CONDENAR** a la demandada **PORVENIR S.A.** 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.

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

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 30 2018 00681 01
Demandante: GLORIA ESPERANZA RODRÍGUEZ GARCÍA
Demandados: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero 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 12 de julio de 2022 por el Juzgado Treinta 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 GLORIA ESPERANZA RODRÍGUEZ GARCÍA promovió demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., a fin de declararse la nulidad de la afiliación que realizara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de COLFONDOS S.A. el 16 de febrero de 1996, así como la realizada por intermedio de PORVENIR S.A. el 25 de mayo de 2000, declarándose válida su vinculación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por consiguiente, se condene a COLPENSIONES recibirla como afiliada cotizante, y a COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. para que la liberen de sus bases de datos y devolver todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación tales 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, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, haciendo el correspondiente traslado de sus cotizaciones con destino a COLPENSIONES, más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus súplicas, expuso que nació el 7 de febrero de 1964 e inició su vida laboral el 1º de marzo de 1984, de allí que se hubiese afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a través de CAJANAL y el extinto ISS.

Que el 16 de febrero de 1996 se trasladó a Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A., ello en razón a que un asesor le ofreció el beneficio de pensionarse a una temprana edad, manifestándole además que el ISS se extinguiría y que la pensión que adquiriría en el régimen privado le sería más beneficiosa.

Asimismo, expuso que no se le informó el capital que debía obtener para la obtención de una pensión mínima, lo atinente a la figura del retiro programado, entre otros aspectos de desinformación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas, arguyendo que a la demandante no le fue vulnerado su derecho a la información, más aún si el asesor de COLFONDOS S.A. brindó la totalidad de la información en lo que respecta a la libre escogencia de régimen pensional, sumado al hecho que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición como quiera que no cumple 15 años de servicios al 1º de abril de

1994 según lo establece la sentencia SU-062 de 2010, como tampoco cumplía con el requisito de la edad.

Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buna fe y la innominada o genérica.

PORVENIR S.A. refirió en su contestación que el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante no se llevó a cabo en contra de una prohibición legal y, por el contrario, el mismo se dio cumpliendo todos los lineamientos legales establecidos para la perfección de dicho acto jurídico.

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

A su turno COLFONDOS S.A. refirió que la información suministrada a la demandante al momento del traslado fue suficiente, veraz y completa sin omitir a la verdad, se le indicó que el valor real de la pensión sería determinado una vez se cumplieran los requisitos para acceder a la prestación y una vez la misma fuese solicitada.

Seguidamente, relató que la afiliación surgió con ocasión del libre derecho de escogencia de régimen pensional.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buna fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, invalidez 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.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 12 de julio de 2022, resolvió:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“PRIMERO: Declárese ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante señora GLORIA ESPERANZA RODRIGUEZ GARCIA, identificada con cédula de ciudadanía No. 23.556.436 de Duitama (Boyacá), del Régimen De Prima Media Con Prestación Definida administrado por el extinto Instituto de los Seguros Sociales hoy COLPENSIONES al Régimen De Ahorro Individual con Solidaridad administrado por COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS, a partir del 1° de marzo de 1996, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: Declárese válidamente vinculada a la demandante señora GLORIA ESPERANZA RODRIGUEZ GARCIA al régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, conforme a lo expuesto.

TERCERO: Condénese a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a devolver todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración por el lapso en que permaneció en dicha administradora esto es desde el 1° de julio del 2000 y hasta que se haga efectivo el traslado, los costos cobrados por administración deberán ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora y debidamente indexados.

CUARTO: Condénese a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS, a devolver a COLPENSIONES los costos cobrados por concepto de administración por el lapso en que permaneció en dicho régimen esto es, a partir del 1° de marzo de 1996 al 30 de junio del 2000, dichas sumas deberán ser cubiertas con recursos propios del patrimonio de la administradora y debidamente indexados.

QUINTO: Ordénese a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el Régimen de Prima Media con Prestación definida.

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

SEPTIMO: Condenar en costas de esta instancia a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS y a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., por secretaría liquídense e inclúyanse como agencias en derecho la cantidad de UN MILLON DOSCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$1.200.000) A Cargo De COLFONDOS S.A. y TRES MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$3'600.000) a cargo de PROVENIR S.A. a favor de la demandante.

OCTAVO: Sin costas ni a favor ni en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

NOVENO: Concédase el grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.”

Para arribar a dicha conclusión, el operador de instancia como fundamento de su decisión adujo que, si bien se pretende la nulidad de la afiliación, para lo cual sería del caso acudir a lo preceptuado en el art. 1740 del C.C., de no ser porque a la luz de la jurisprudencia se ha determinado que para el caso de marras debe analizarse a la luz de la ineficacia.

Seguidamente, expuso que, según criterio doctrinal emanado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, le corresponde a las AFP demostrar una asesoría a sus potenciales afiliados al momento del cambio de régimen pensional, situación que por demás guarda plena congruencia con lo consagrado en el artículo 167 del C.G.P. Que, en tal sentido si bien la demandante expuso en el interrogatorio de parte a ella practicado el suministro de información por parte de COLFONDOS en lo que atañe a ciertas características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, lo cierto es que en nada se le advirtió acerca de los beneficios y desventajas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Por tal razón, resulta próspera la ineficacia del traslado, sumado a que la excepción de prescripción en asuntos de ineficacia no goza con vocación de prosperidad en tratándose de que la seguridad social es un derecho de carácter irrenunciable.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Argumentó en su alzada que al declararse la ineficacia del traslado y, por consiguiente, disponer el retorno de la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida afectaría en forma notoria su sistema pensional, en la medida que se ve obligado a aceptar la afiliación, actualizar la historia laboral y reconocer y reconocer la prestación pensional cuando se cumple con los requisitos mínimos regulados en la normatividad vigente, lo que conllevaría a que se le carguen obligaciones por un hecho que no cometió.

Que debe tenerse en cuenta el concepto de justicia, de allí que en esta instancia debe partirse de una línea diferente a la adoctrinada por la Sala de Casación



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pues de ser COLFONDOS S.A. la AFP responsable del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, es quien debe sufragar toda la carga decisional dentro del presente asunto, incluyendo el reconocimiento y pago de la pensión.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 16 de febrero de 1996 y por intermedio de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 25 de mayo de 2000 (Fls. 7, 9 y 82 PDF 01 – ESCRITO DE DEMANDA), los cuales, 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 aquí demandante señora GLORIA ESPERANZA RODRÍGUEZ GARCÍA 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 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; toda vez que como lo puntualizó el operador de instancia, a pesar de que manifestó recibir alguna información propia del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad como el hecho de que podría obtener una pensión anticipada, el retiro de sus aportes en cualquier tiempo, el pago a herederos de los valores dentro de su cuenta de ahorro individual, la configuración de una cuenta individual para su ahorro pensional, efectuar aportes voluntarios, la generación de rendimientos y los descuentos por comisiones, lo cierto es que COLFONDOS S.A. no le puso de presente garantías y desventajas propias del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, es decir, alguna comparación de ambos, pues nótese que nada se le advirtió frente a una posible pensión de vejez dentro del régimen público soportado en requisitos mínimos como el cumplimiento de semanas y edad, un posible beneficio de cobijamiento del régimen de transición, entre más aspectos.

En tal sentido, la Sala puede colegir la notoria falta de información pormenorizada sobre las verdaderas consecuencias que conllevarían el traslado de la demandante, lo que implica a su vez que el relato de la actora no puede ser entendido como una confesión 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., ya que nada arguyó que se le hubiese informado sobre el derecho de retracto, así como que indicó que con la finalidad de trasladarse fue por lo que COLFONDOS S.A. le comunicó que el ISS se extinguiría y que sus aportes pensionales sufrirían un alto riesgo de desaparecer.

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



Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado 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 al *a-quo* de declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP COLFONDOS S.A., primera AFP donde



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

se vinculó la demandante, 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, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

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

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

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

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparea que COLFONDOS S.A. Deba devolver los 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,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

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

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia 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 tal razón, la decisión de primer grado habrá de ser modificada y adicionada. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR los numerales segundo, tercero, cuarto y quinto de la sentencia proferida el 12 de julio de 2022 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada PORVENIR S.A. a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a las sumas correspondientes a rendimientos y comisiones por administración debidamente 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, entendiendo esto, el periodo en el cual estuvo afiliada a COLFONDOS S.A.

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 manera, deberá proceder COLFONDOS S.A., frente a la devolución a COLPENSIONES de los gastos de administración de los aportes efectuados por la demandante mientras estuvo afiliado a esas administradoras.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

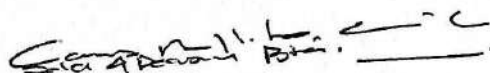
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
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 CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral: 1100131050 31 2021 00592 01
Demandante: NÉSTOR HENRY REYES PEÑA
Demandados: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de PORVENIR S.A. a la abogada ANGÉLICA MARÍA CURE NUÑOZ, identificada con cédula de ciudadanía 1.114.887.921 y T.P. 369.821 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, en contra de la sentencia proferida el 25 de octubre de 2022 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor NÉSTOR HENRY REYES PEÑA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., con la finalidad que se declare la ineficacia del formulario de afiliación No. 01551276 de 25 de abril de 2001, por medio del cual se efectuó su traslado de régimen pensional a través de PORVENIR S.A.

Como consecuencia de tal declaración, pretende se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES las cotizaciones a pensión, junto con los rendimientos financieros y los gastos de administración; a su vez se ordene a COLPENSIONES lo reciba en el régimen pensional que administra como si nunca se hubiera trasladado; finalmente pretende se condene al pago de costas procesales y agencias en derecho a las demandadas, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*. (Archivo 02).

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, expuso que nació el 21 de julio de 1965, y que en junio de 1985 se afilió al sistema general de pensiones a través del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, entidad través de la cual realizó cotizaciones. Añadió que, en el año 2001 los asesores comerciales de PORVENIR S.A. le ofrecieron trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, traslado que le sería más favorable al obtener una mesada pensional más elevada que la que obtendría si se quedara en el régimen de prima media con prestación definida, afirmación realizada sin estudiar y validar su situación pensional, omitiendo brindarle la información necesaria, comprensible, suficiente y objetiva sobre las características y consecuencias del traslado de régimen pensional.

Así las cosas, el 25 de abril de 2001 se trasladó de régimen pensional al afiliarse a PORVENIR S.A., suscribiendo el formulario de afiliación No. 01551276; que los requisitos para adquirir su derecho pensional los cumple el 21 de julio de 2027, siendo más favorable la mesada que obtendría en el régimen de prima media con prestación definida, la cual le sería reliquidada cada año en el régimen de ahorro individual con solidaridad, por tanto, tal escenario no se acompasa con el que le prometieron en el fondo de pensiones privado en inicio.

Expuso que radicó petición ante COLPENSIONES el 13 de octubre de 2021, solicitando las mismas pretensiones de la presente demanda, pedimentos que fueron despachados de manera desfavorable por dicha entidad. (Archivo 02).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones del libelo introductorio, argumentando que le brindó una asesoría profesional y completa al actor, provista de elementos de juicio objetivos para la toma de una decisión consciente. Añadió que en dicha asesoría le informó entre otras cosas, sobre el régimen de transición, que el monto de su pensión dependería del capital aportado en su cuenta de ahorro individual, que podía realizar aportes voluntarios y que tenía derecho al bono pensional si había aportado 150 semanas antes del traslado de régimen pensional, así como que su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad era completamente voluntaria, e igualmente le explicó de los beneficios de ese régimen y las características del régimen de prima media con prestación definida y la forma de acceder a las prestaciones correspondientes.

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. (Archivo 12).

Por su parte, COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en la demanda, aduciendo que la parte demandante no probó causal alguna que permita inferir que la afiliación a PORVENIR S.A. es nula; al contrario, la misma cumple con los presupuestos legales para su existencia y no infringe normativa alguna, por lo cual no procede el regreso automático al régimen de prima media con prestación definida.

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. (Archivo 14).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 25 de octubre de 2022, absolvió a las demandadas de las pretensiones elevadas en su contra por el actor y lo condenó al pago de costas y agencias en derecho.

Para arribar a esa conclusión, la *a-quo* hizo mención al artículo 48 de la Constitución Política y 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 desde el año 2001.

Añadió 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, trajo a colación 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.

Refirió que con el formulario de afiliación No. 01551276 de 2001, en apariencia se cumplen a cabalidad los presupuestos normativos vigentes a la época del traslado; sin embargo, adujo que el caso debía ser analizado a la luz de lo señalado por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en sentencia SL1452 de 2019, Radicado No. 68852, que refiere que el formulario de afiliación no es prueba suficiente para acreditar el deber de información y lo referente a la carga de la prueba que le incumbe a las administradoras.

A continuación, señaló que el derecho laboral tiene libertad probatoria, en esa medida, enfatizó que el actor manifestó haber recibido una asesoría en la que se le informó lo referente a la cuenta de ahorrado individual, los aportes voluntarios y los rendimientos que generaba su cuenta y lo relativo a los beneficiarios, además conocía de la publicidad de los fondos privados por su trabajo, luego, tenía conocimiento de la información que publicó PORVENIR S.A. en diarios de amplia circulación, en donde se daba información sobre el funcionamiento de esa administradoras; igualmente tenía conocimiento del bono pensional y de la figura de pensión anticipada, luego, es claro que el fondo de pensiones privado cumplió con su deber de información, siendo viable acoger el concepto emitido por la procuradora que intervino en el proceso; además señaló que no se probó que PORVENIR S.A. haya engañado al gestor como lo adujo en la demanda, por lo que denegó las pretensiones de la misma y condenó en costas al actor.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión, el demandante interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la sentencia de primer grado. Al respecto refirió que en el *sub-examine* es necesario verificar el cumplimiento de los presupuestos de la sentencia SL1452 de 2019, pues lo que se debe analizar es la información suministrada al momento del traslado, la cual es un mecanismo protector del potencial afiliado, ya que tal ausencia puede viciar su decisión.

Expuso que existen unos ejes temáticos que deben establecerse, siendo el primero, la existencia del deber de información al momento del traslado, el cual impone la obligación de dar a conocer al afiliado toda la información necesaria para su traslado, aspecto que está a cargo del fondo de pensiones. El segundo alude a que el formulario afiliación es señal de voluntad, pero no de la información; y el tercer eje temático refiere a la obligación de suministrar la información que tiene PORVENIR S.A., y de acreditar cuál fue la información que brindó, pues la carga de la prueba se invierte.

Además, sostuvo que al demandante solo se le informaron algunas características y beneficios de ese régimen, pero no todas, en especial lo referente a las pérdidas y las consecuencias del traslado y las características de cada uno de los regímenes pensionales, aspecto que para la fecha de afiliación del actor al fondo privado ya existía, pues era obligación brindarle información clara, cierta y oportuna, aspecto que no se encuentra probado en el plenario.

En cuanto a lo sucedido en el interrogatorio de parte, refirió que no se podía afirmar que el demandante se encontraba leyendo respuestas, como lo afirmó la juez de primera instancia, pues lo que se evidenció es que sus respuestas no fueron automáticas e inmediatas ni sistematizadas. Ello, en atención a que las actuaciones judiciales en las condiciones que actualmente se realizan, deben partir del principio de la buena fe y no de la mala fe, por lo que solicita se revoque la decisión objeto de censura.

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.

En punto de lo expuesto, 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 desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, 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 el actor el 25 de abril de 2001, con PORVENIR S.A. (Fl. 54 archivo 12), efectiva a partir del 1º de junio de esa misma anualidad como se aprecia de la certificación del SIAFP (Fls. 24 a 26 archivo 12), 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, el promotor del litigio en el interrogatorio de parte que rindió, señaló que, para la época del traslado, personal del área de Recursos Humanos de la empresa en donde laboraba, realizaron contactos con los fondos privados, quienes les manifestaron que eran la mejor opción de pensionarse y que el ISS se iba a liquidar, motivo por el que suscribió el formulario de afiliación de manera voluntaria. Asimismo, señaló que intentó solicitar información al fondo de pensiones en pandemia, pero fue complicado por lo que no pudo conocer la forma en la que se iba a pensionar; que el motivo para trasladarse de régimen en la actualidad no es exclusivamente económico, pues no solo se trata del servicio que presta el fondo, sino también porque la información que le dieron sobre su pensión no corresponde a la que le brindaron en inicio.

Sobre los aportes voluntarios que realizó aseveró que le indicaron que podía tener un beneficio tributario, y que en la actualidad no hace aportes voluntarios y no se encuentra pensionado. Sobre la asesoría al momento del traslado de régimen pensional, refirió que no duro más de diez minutos y que no le explicaron cómo se iba a pensionar, precisando que no leyó el formulario de afiliación y que no le explicaron cuál era el propósito de incluir beneficiarios en el formulario, pero que

suponía que era por si fallecía podrían acceder a su pensión. De otro lado, mencionó que le habían informado que los aportes de COLPENSIONES serían trasladados a PORVENIR S.A., pero no le explicaron que los aportes voluntarios podían hacer parte de su pensión. Que la publicidad de los fondos privados indicaba que los bancos respaldarían el dinero y que sería más rentable para pensionarse, sin embargo, indicó que no conocía la diferencia sobre el requisito de edad en uno y otro régimen.

De lo expuesto, *a contrario sensu* de lo señalado por la Juez de instancia, no se advierte confesión alguna por parte del actor sobre el pleno suministro de una debida información, pues lo que se denota es que solo conocía de algunas ventajas del fondo privado, más no de las desventajas del eventual traslado; menos aún se puede concluir que de los comunicados que aporta PORVENIR S.A. al expediente se pueda inferir que se dio cumplimiento al deber de información por parte de esa encartada, máxime cuando refieren a calenda posterior al traslado; luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba que advierte una información de parte de PORVENIR S.A. al momento del traslado del demandante, es evidente según lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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:*

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



	modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
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 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 no le asistió razón a la falladora 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 de régimen, lo que compele a la revocatoria de la sentencia de primer grado.

Ahora bien, es de mencionar respecto a la devolución de los gastos de administración, 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, como lo pretende la activa en el libelo inaugural.

En otro giro, conviene precisar frente a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera, al declararse la ineficacia del traslado, 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 excepción de prescripción que propuso el extremo pasivo, debe memorarse que 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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. 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, conceptos que deberá discriminarlos.

SIN COSTAS en esta instancia, las de primera instancia a cargo de la parte demandada.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 25 de octubre de 2022 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, por los motivos expuestos en la parte considerativa de esa providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficaz el traslado de régimen que realizó el demandante el 25 de abril de 2001 al fondo de pensiones PORVENIR S.A., por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada PORVENIR S.A. 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).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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: SIN COSTAS en esta instancia, las de primera instancia a cargo de las demandadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
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 CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 34 2019 00071 02
Demandante: ÁLVARO GÓMEZ TORRADO
Demandados: COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero 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. 373906 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

Asimismo, se reconocer personería en representación de COLPENSIONES a la abogada NORTHEY ALEJANDRA HUERFANO HUERFANO, identificada con cédula de ciudadanía 53.074.47 y T.P.T. 287.274 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 26 de octubre de 2022 por el Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, proveniente inicialmente por parte del Juzgado Treinta y Cuatro 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 ÁLVARO GÓMEZ TORRADO promovió demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., a fin de declararse la nulidad del acto jurídico de afiliación y administración del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que realizara por intermedio de la AFP ING hoy PROTECCIÓN S.A., ante la configuración de vicios en el consentimiento al ocultársele información sobre los riesgos que debía asumir, específicamente al valor de la mesada pensional que podría ser inferior a la que recibiría en COLPENSIONES, así como que dicha AFP incurrió en un incumplimiento del deber de información en su doble condición de entidad financiera y de la seguridad social al no informarle debidamente los beneficios y desventajas que tiene el régimen privado.

Que con ocasión de lo anterior, se condene a PROTECCIÓN S.A. trasladar con destino a COLPENSIONES los aportes cotizados en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, incluidos los rendimientos y bonos pensionales en caso tal de que a ello haya lugar para efectos de financiar su pensión, así como que se le ordene a COLPENSIONES aceptar dichos aportes en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida registrándolo como afiliado sin solución de continuidad y costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 2 de agosto de 1960, al igual que el 21 de julio de 1986 tomó posesión en el cargo de docente de empleado público de tiempo completo de la Universidad Industrial Santander.

Que ingresó a cotizar al sistema de seguridad en pensiones a partir del 1º de julio de 1995 a través del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado en su entonces por el extinto ISS, trasladándose al Régimen de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Ahorro Individual con Solidaridad el 1º de julio de 2020 por intermedio de la AFP ING hoy PROTECCIÓN S.A.

Refirió también que a partir del año 2000 realizó traslado a diferentes AFP del régimen privado hasta el 1º de octubre de 2008, cuando se hizo efectivo el último traslado de fondo de SKANDIA S.A. a PROTECCIÓN S.A., siendo este último donde en la actualidad se encuentra afiliado.

De otra parte, expuso que los asesores de los fondos privados le mencionaron que el ISS se extinguiría, por lo que de no estar afiliado en el Régimen de Ahorro Individual la pensión de vejez se perdería, al igual que la pensión en este régimen sería superior que la posible percibida dentro del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, no le fue efectuada una proyección pensional, entre otros aspectos desinformativos.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, bajo el entendido que el traslado efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad se realizó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia solicitó el traslado suscribiendo los formularios para efectuar el mismo. Además, el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 establece la libre escogencia entre regímenes pensionales y también la posibilidad de trasladarse una vez cada 5 años a partir de la selección inicial; sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el sistema pensional, se limitó este derecho cuando al afiliado le faltaren 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión, prohibición en la que se encuentra el actor.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

PROTECCIÓN S.A. por su parte refirió en su escrito contestatario que la asesoría brindada al demandante estuvo precedida en todo momento fue clara, completa, comprensible, veraz y profesional, de manera independiente y llevando a cabo el estudio de todas las particularidades del caso, junto con las



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

correspondientes proyecciones de ambos regímenes pensionales de manera verbal, con el fin de determinar el panorama pensional del actor y orientar debidamente su decisión de traslado.

Formuló 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, traslado y movilidad dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de diferentes AFP convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen y la innominada o genérica.

En audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S. llevada a cabo el día 23 de agosto de 2019 y, a razón de la excepción previa que formulara la encartada PROTECCIÓN S.A. denominada falta de integración de litisconsorcio necesario por pasiva por cuanto al trámite debía llamarse a las AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. y a OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A., el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá declaró probado tal medio exceptivo, por lo que dispuso la vinculación de dichas AFP, decisión que fue confirmada por este Tribunal a través de auto calendado el 29 de octubre de 2019.

Fue por ello que SKANDIA S.A. contestó la demanda arguyendo que como administradora pensional del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad siempre ha manifestado las condiciones que por ley le corresponde respecto de su fusión como AFP, al igual que al actor se le enunció la posibilidad de poder adquirir los beneficios que posee el régimen privado, máxime si en todo momento ha contado con departamentos especializados, donde capacitan a todos sus funcionarios y especialmente a sus asesores comerciales para que puedan explicar de manera satisfactoria las características, particularidades, bondades y limitaciones del régimen.

Propuso como mecanismos exceptivos buena fe, genérica y pago.

PORVENIR S.A. refirió que la afiliación del demandante ante HORIZONTE S.A. estuvo precedida de acuerdo a lo establecido en el artículo 112 de la Ley 100

de 199, brindándosele una información pertinente, necesaria y ajustada a derecho.

Formuló las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

Luego de que el Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá avocara conocimiento del presente asunto mediante proveído fechado el 12 de septiembre de 2022, en sentencia proferida el 26 de octubre de 202, resolvió:

“PRIMERO. DECLARAR la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad realizado por el demandante ALVARO GÓMEZ TORRADO, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO. ORDENAR a LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a trasladar la totalidad de los aportes, rendimientos, bonos pensionales, cuotas de administración y todo lo que se encuentre depositado en la cuenta de ahorro del demandante a la ADMINSITRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, quien deberá reactivar la afiliación del demandante en el la afiliación del actor en el Régimen de Prima Media y recibir todos estos dineros que le fueren trasladados por la AFP Protección S.A.

TERCERO. DECLARAR no probadas las excepciones planteadas por las entidades en sus contestaciones.

CUARTO. COSTAS. Serán a cargo de Protección S.A., tásense las agencias en un (01) SMLMV.

QUINTO. Por la naturaleza jurídica de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES establecida en el Decreto 4121 de 2011, se dispone CONSULTAR la presente decisión si esta no es apelada ante la H. Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.L.

SEXTO. ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas por la parte actora.”

Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia indicó que de conformidad con el criterio jurisprudencial emanado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es deber de las AFP el demostrar el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

suministro a sus potenciales afiliados de una información clara, suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado como aquella que mejor se ajustara a sus intereses, situación que no se demostró dentro del presente por la demandada PROTECCIÓN S.A. al tenor de lo estatuido en el artículo 167 del C.G.P.

De otra parte, refirió que el órgano de cierre también ha definido que los traslados horizontales dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de resultar ineficaz la afiliación primigenia, las posteriores no convalidarían la actuación viciada ni tampoco validarían el cambio de régimen pensional, adicional a que el demandante no confesó haber recibido una asesoría pormenorizada y ajustada a derecho sobre las ventajas y desventajas al momento del traslado.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Argumentó en su alzada que durante el transcurrir del trámite en ningún momento se llegó a demostrar el supuesto daño alegado por el demandante, así como una falta del deber de información al momento de la asesoría. Asimismo, refirió que, al revisar los diferentes formularios de afiliación, dentro de los mismos se encuentra la manifestación expresa de que el traslado se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, de allí que las actuaciones desplegadas por el actor en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se realizaran con el lleno de los requisitos legales; circunstancia por la cual, resulta improcedente el retorno automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Que dentro del plenario tampoco obra prueba alguna que evidencia que al demandante se le hizo incurrir en error o, que nos encontremos en presencia de algún vicio del consentimiento como el error, fuerza o dolo, más aún si era al propio actor a quien le correspondía probar la falta del deber de información.

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el



cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fueron aportados los formularios de afiliación que efectuara el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. el 8 de mayo de 2000, el 17 de octubre de 2001 por intermedio de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 1º de septiembre de 2005 en SKANDIA S.A. y el 13 de agosto de 2008 en ING PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PROTECCIÓN S.A. (Fls. 99, 383, 385, 401 y 465 - PDF 01 - EXPEDIENTE DIGITALIZADO y fl. 30 - PDF 09 - CONTESTACIÓN PORVENIR S.A.), 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, el aquí demandante señor ÁLVARO GÓMEZ TORRADO 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 SANTANDER hoy en día PROTECCIÓN S.A. en el año 2000 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 que los asesores de entonces le manifestaron que el ISS se extinguiría y, por consiguiente, sería más beneficioso trasladarse con destino

al régimen privado, así como que en nada le informó de aspectos mínimos tales como la figura de la pensión mínima, los aportes voluntarios, rendimientos, entre otros aspectos, de allí que se pueda colegir la notoria falta de información por parte de PROTECCIÓN S.A. por cuanto no se obtuvo confesión alguna de la debida asesoría al tenor de los preceptos emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, carga probatoria que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado



		acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

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

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

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

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

“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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 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. Es así como la decisión de primer grado habrá de adicionarse y modificarse. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 26 de octubre de 2022 por el Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:

SEGUNDO: DECLARAR INEFICAZ la afiliación efectuada y en consecuencia **CONDENAR** a la demandada **PROTECCIÓN S.A.** a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a las sumas correspondientes 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 de los aportes efectuados por la demandante mientras estuvo afiliada a esa administradora.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
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 CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 36 2020 00379 02
Demandante: JORGE SAMUEL CADENA DÍAZ
Demandados: COLPENSIONES, PORVENIR SA. y SKANDIA S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, en contra de la sentencia proferida el 9 de noviembre de 2022 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 JORGE SAMUEL CADENA DÍAZ promovió demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES, SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A., a fin de declararse la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad inicialmente por intermedio de PORVENIR S.A., por lo que se debe declarar la nulidad de los cambios que realizó dentro del mismo régimen privado, en especial el traslado horizontal efectuado ante SKANDIA S.A., última donde se encuentra vinculado en la actualidad.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por tal razón, se le ordene a PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. trasladar con destino a COLPENSIONES el saldo de su cuenta de ahorro individual y sus rendimientos financieros con la finalidad de que permanezcan en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita* y costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 17 de septiembre de 1957, afiliándose al Régimen de Prima con Prestación Definida el 6 de julio de 1990.

Seguidamente, relató que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 1º de agosto de 2001 a través de PORVENIR S.A., efectuando un traslado horizontal ante SKANDIA S.A. el 1º de diciembre de 2011, última AFP donde se encuentra vinculada en la actualidad.

Que el traslado realizado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. fue como consecuencia de que la AFP lo hizo incurrir en error, ya que nunca se le informó cuál sería el capital necesario para que pudiera ser beneficiario de la pensión de vejez, los requisitos que debía ostentar para obtener a garantía de la pensión mínima en caso de no reunir el capital necesario, la figura de la devolución de saldos, que el ISS se extinguiría, entre otros aspectos de desinformación, los cuales también recayeron respecto de SKANDIA S.A.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. contestó la demanda indicando que la afiliación del demandante ante sus dependencias para el año 2001 se llevó a cabo de manera libre, espontánea, sin presiones ni engaños, después de haber sido amplia y oportunamente informado sobre el funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y de sus condiciones pensionales según se aprecia en la solicitud de vinculación, por medio del cual se advierte la declaración escrita preceptuada en el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

se presume auténtico al tenor de lo estatuido en los artículos 243 y 244 del C.G.P. y el Parágrafo del artículo 54 A del C.P.T. y de la S.S.

Agregó que al demandante en todo momento se le garantizó el derecho de retracto según lo regulado en el artículo 3º del Decreto 1161 de 1994, literal e) del artículo 2º de la Ley 797 de 2003, que fuese reglamentado por el Decreto 3800 de la misma anualidad.

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

SKANDIA S.A. al contestar la demanda refirió que el traslado del actor al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se llevó a cabo atendiendo los lineamientos del ordenamiento jurídico colombiano, proporcionándole toda la información pertinente a efectos de que adoptara una decisión consiente de afiliarse.

Frente al traslado horizontal llevado a cabo ante sus dependencias arguyó que el mismo goza de plena validez ante la ley como quiera que se realizó acorde a los parámetros legales exigidos para la época, de ahí la afiliación goce de plena validez y no presenta ninguna irregularidad que pueda predicar la ineficacia de traslado ya que fue la manifestación de un acto voluntario, el cual estuvo sujeto a un acuerdo de voluntades como da cuenta el respectivo formulario de afiliación.

Formuló como medios exceptivos los denominados prescripción, buena fe, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación y la genérica.

COLPENSIONES expuso como mecanismo defensivo de contestación que si bien no conoce de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se produjo el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad del demandante, no es menos cierto que para su perfeccionamiento medió consenso sobre la información ofrecida por parte del asesor comercial de PORVENIR S.A., así como las condiciones, beneficios y requisitos de aportar al régimen privado, de manera que la vinculación se llevó a cabo libre y sin presiones, máxime si dentro del plenario no obra prueba que advierta la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

configuración de alguno de los vicios del consentimiento dispuestos en el Código Civil, misma situación que sucede en lo que atañe al traslado horizontal llevado a cabo con la AFP SKANDIA S.A.

Propuso las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en caso 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, aplicabilidad de la sentencia SL373-2021 para aquellos que consolidaron su derecho en el RAIS, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 9 de noviembre de 2022, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por JORGE SAMUEL CADENA DÍAZ del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad del día 1º de agosto de 2001, a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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

TERCERO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, la totalidad de los valores que hayan sido descontados de la cuenta de ahorro individual del accionante durante la vigencia de la afiliación de este con dicha AFP, por gastos de administración, comisiones, incluidos los



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas.

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

QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

SEXTO: CONDENAR en COSTAS a SKANDIA S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES Liquídense como agencias en derecho con la suma de un 1 SMMLV, a cargo de cada una de las encartadas.

SÉPTIMO: CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, conforme lo dispone el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.”

Para arribar a dicha conclusión adujo la *a-quo* 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, de conformidad con lo adocinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en inicio se había establecido que procedía la nulidad de traslado de régimen pensional cuando se comprobara que las administradoras de pensiones no habían acatado el deber de información antes enunciado, sin embargo, posteriormente en sentencia SL1421-2019 se dijo que las consecuencias de un traslado desinformado no era la nulidad del traslado sino la ineficacia de este acorde lo establecía la Ley 100 de 1993, entre otras y que constituyen doctrina probable.

Seguidamente, expuso 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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, por pasiva en especial PORVENIR S.A., no se demostró el cumplimiento del deber de información, como tampoco existió ningún tipo de reasesoría, por lo que resulta procedente la declaratoria de ineficacia a la luz de la normatividad vigente y lo asentado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, junto con la devolución por parte de SKANDIA S.A. de los valores acumulados en la cuenta de ahorro individual, además de los rendimientos y bonos pensionales, los gastos de administración y comisiones, incluyendo el costo de las primas de seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deben ser indexadas a la fecha de su pago.

Asimismo, dispuso que PORVENIR S.A. deba devolver los valores descontados por conceptos de gastos de administración, comisiones, incluidos los costos de las primas de seguros previsionales y los aportes a garantía de pensión mínima debidamente indexadas correspondientes al periodo en que el actor permaneció afiliado a sus dependencias.

De otra parte, señaló que la acción de ineficacia del traslado de régimen era imprescriptible.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Argumentó en su alzada que dentro del presente asunto no se acreditó la presunta falta de información o la existencia de vicios del consentimiento que ameriten invalidar el traslado de régimen pensional del demandante, por cuanto del interrogatorio de parte surtido por el actor y de las pruebas documentales arrimadas al plenario, se aprecian que la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

llevó a cabo de manera libre, consiente y voluntaria, lo que concluyen que la AFP cumplió con el deber de información exigida para la época del traslado

Por tal razón, debe tenerse en cuenta que si bien es cierto la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia indica que los potenciales afiliados del sistema pensional deben recibir información adecuada y precisa sobre las características de cada régimen pensional, también resulta importante recalcar que ese deber de asesoría y buen consejo ha venido evolucionando con el paso del tiempo, sumado a que en caso de que el actor no hubiese sido ilustrado de una suficiente información dicho tópico se encuentra saneado en la medida que se encuentra afiliado al Régimen de Ahorro Individual por tiempo superior a los 25 años, más aún si el demandante podía asesorarse por voluntad propia.

En últimas, argumentó que en caso de gozar con prosperidad la decisión de primer grado se estaría afectando el principio de sostenibilidad financiera según las reglas de la Corte Constitucional, al igual que solicita la absolución por la condena en costas.

PORVENIR S.A. argumentó en su alzada que el actor efectuó un traslado horizontal dentro del régimen privado a través de SKANDIA S.A., por lo que en la actualidad no se cuenta con ninguna contingencia económica de este. Que en igual sentido, debe tenerse en cuenta que el artículo 103 de la Ley 100 de 1993 menciona cuáles son los rubros que se deben trasladar cuando se presenta un cambio de régimen pensional, como lo son el saldo de la cuenta individual y los rendimientos, por lo que legalmente se prohíbe la devolución de contingencias diferentes a las ya enunciadas, ya que los gastos de administración, sumas previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima no están destinados a financiar la prestación del afiliado, de ahí que se configure un enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES.

Por otra parte, expuso que de ordenarse la devolución de las contingencias de manera indexada resulta legalmente incompatible, toda vez que durante el tiempo que permaneció vinculado el demandante ante sus dependencias se generaron unos rendimientos financieros superiores a la rentabilidad mínima



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

establecida por el Gobierno Nacional, y atendiendo que la cuenta del actor en su momento no se vio afectada por el fenómeno de la inflación no es viable el traslado de los valores en forma indexada.

SKANDIA S.A. adujo encontrar inconformidad con la orden de devolución con destino a COLPENSIONES los gastos de administración y primas de seguro provisional de manera indexada, ya que en atención de las distintas obligaciones regulados en la Ley 100 de 1993, más exactamente lo estatuido en el artículo 20 de dicha normativa, fue por lo que se creó el Decreto 692 de 1994, donde se precisó que el 3% restante del IBC debe ser destinado en ambos regímenes a cubrir los gastos o comisiones de administración, así como el pago para los seguros de invalidez y sobrevivientes, de allí que se creen una serie de obligaciones que deben cumplir las administradoras de fondos de pensiones, sin que dentro de estas se encuentren los enunciados los gastos de administración y primas de seguro provisional de manera indexada, puesto que se estaría en contravía del principios constitucionales de buena fe, confianza legítima y el debido proceso.

Que en lo que respecta a las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes no resulta procedente su devolución, en la medida que la causa del aseguramiento es permanente y el demandante goza de esta cobertura, por lo que parte de ese porcentaje ya fue pagado a la aseguradora y en la actualidad no ostenta esas contingencias dinerarias, como tampoco resulta de asidero la indexación a la luz de la jurisprudencia emanada por la Corte Suprema de Justicia.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las



condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

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

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

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

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



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 PORVENIR S.A. el 22 de junio de 2001 y por intermedio de SKANDIA S.A. el 27 de octubre de 2011 respectivamente (Fls. 122 – PDF 01 DEMANDA Y ANEXOS, fl. 92 – PDF 06 – CONTESTACIÓN PORVENIR S.A. y fl. 94 - PDF 07 – CONTESTACIÓN SKANDIA S.A.), formularios que si bien refieren 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 aquí demandante señor JOSÉ SAMUEL CADENA DÍAZ 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 2001 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 que la asesora de entonces le indicó que el ISS se extinguiría, 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:*

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor 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 PORVENIR S.A., primera AFP donde se vinculó el 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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»”.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 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*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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.

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 afiliarse al actor al régimen que administra y actualizar la historia laboral de este; 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.

SIN COSTAS en esta instancia.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de julio de 2022 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado



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

Ordinario Laboral: 1100131050 39 2020 00213 01
 Demandante: CLAUDIA YOLANDA MOLINA GAITÁN
 Demandados: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero 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 las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 3 de noviembre de 2022 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 CLAUDIA YOLANDA MOLINA GAITÁN promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., con la finalidad que se declare la ineficacia del traslado realizó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, a través de PORVENIR S.A. en julio de 2000 y los consecuentes efectos del traslado. Subsidiariamente, pretende se declare la nulidad del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad en julio de 2000 al fondo de pensiones PORVENIR S.A. A su vez, solicita se declare como válida su afiliación al régimen de prima media.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES los aportes que ha realizado a ese régimen, se ordene a COLPENSIONES contabilice para efectos de pensión las semanas cotizadas al régimen de ahorro individual con solidaridad, más a lo que haya lugar en uso de las facultades *extra y ultra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, expuso que nació el 14 de septiembre de 1967, y que el 24 de junio de 1991 se afilió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, en calidad de trabajadora dependiente del empleador ÓPTICA ALEMANA Y CIA. Agregó que en julio de 2000 estando al servicio de la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA DEL ÁREA ANDINA, se afilió al Régimen de Ahorro Individual a través de PORVENIR S.A., sin que el asesor del fondo le explicara de manera clara, veraz y oportuna sobre las diferencias, ventajas y desventajas entre uno y otro régimen pensional y en general las implicaciones que le acarrearía el cambio de régimen de pensiones.

Expuso que en mayo de 2003 se trasladó a COLFONDOS S.A., administradora que incurrió en las mismas falencias del anterior fondo, y además no le informó sobre la posibilidad de retornar al régimen de prima media. Enfatizó que a la presentación de la demanda cuenta con 1341 semanas, según certificación expedida por COLFONDOS S.A., y que de acuerdo a liquidación que realizó, su mesada pensional en el régimen de prima media sería superior al que obtendría en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

Finalmente, informó que en mayo de 2020 solicitó a COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. la nulidad o ineficacia del traslado de régimen, pedimento que fue despachado de manera negativa por esas encartadas. (Archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que no obra prueba que permita inferir que el fondo privado hizo incurrir en error a la demandante, o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento; tampoco presentó 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 2º de la ley 797 de 2003.

Propuso como excepciones de mérito las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (Archivo 12).

PORVENIR S.A. al contestar la demanda se opuso a las pretensiones del libelo introductorio, indicando que el traslado de régimen al RAIS de la gestora es completamente válido, ya que estuvo precedido de una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna de toda la información pertinente y necesaria, igualmente, adujo que la actora durante el tiempo de vinculación a ese régimen ha tenido la posibilidad de conocer las características y condiciones del mismo, sin que retornara al régimen de prima media cuando podía hacerlo.

Como excepciones 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. (Archivo 16).

Por su parte, COLFONDOS S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones elevadas en su contra. Argumentó que no cuenta con soportes para demostrar que se asesoró en debida forma a la demandante, empero, cumplió con el deber de buen consejo, mediando la voluntad de la demandante de pertenecer a un régimen u otro, por ende, no existió vicio del consentimiento alguno al momento de la firma del formulario de vinculación a esa administradora, enfatizando que para la fecha de la afiliación no era obligación de los fondos conservar documental de la asesoría brindada. No formuló excepciones. (Archivos 07 y 22).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 3 de noviembre de 2022, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo la señora CLAUDIA YOLANDA MOLINA GAITAN del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de PORVENIR S.A. y con efectividad a partir del 01 de agosto de 2000 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, situación que también se produce de la afiliación que se hizo de PORVENIR S.A. a COLFONDOS S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. a que transfiera a COLPENSIONES todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos y las comisiones o gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos conceptos, debidamente indexados al momento de cumplirse la orden. Así mismo, se deberá señalar que estos emolumentos deberán aparecer debidamente discriminados con sus respectivos valores junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante para poder verificar el cumplimiento de la sentencia.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a que transfiera a COLPENSIONES las sumas de dinero que recibió por gastos de administración, así como las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos debidamente indexados con la misma previsión que se le hizo a COLFONDOS S.A. en el numeral anterior.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES que reciba los dineros que trata los numerales segundo y tercero y reactive la afiliación de la demandante al régimen de prima media sin solución de continuidad.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

SEXTO: INFORMARLE a COLPENSIONES que puede acudir ante la justicia ordinaria o activar las acciones judiciales o administrativas de cara a obtener el resarcimiento de los perjuicios que pueda causar el recibir a la señora CLAUDIA YOLANDA MOLINA GAITAN al régimen de prima media y en contra de COLFONDOS y PORVENIR.

SÉPTIMO: CONDÉNESE en costas a COLFONDOS y PORVENIR. (...)."

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 *ejusdem*, 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, además de las ventajas y desventajas de estos, además los fondos deben tener en cuenta todos los aspectos que influyen en la adquisición del derecho pensional, deber de información que no solo nace y muere en el momento de la afiliación, sino que persiste en vigencia de la afiliación y cuando se dan traslados horizontales.

En lo que atañe a la carga de la prueba dijo que corresponde a la administradora de pensiones demandadas, 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 y además del interrogatorio de parte de la actora no se extrae confesión sobre el cumplimiento de ese deber, pues lo que se advierte es que le informaron sobre características generales del régimen de ahorro individual.

Declarando así, la ineficacia del traslado de régimen de la actora y la consecuente devolución por parte de COLFONDOS de todas las sumas de dinero que reposen en la cuenta de la actora, incluyendo rendimientos y las comisiones que recibió

por administración, sin que pueda descontar lo atinente a seguros previsionales, ni el porcentaje destinados al fondo de pensión de garantía mínima. Igualmente, PORVENIR S.A. debe trasladar todos los gastos de administración, seguros previsionales, y el porcentaje destinados al fondo de pensión de garantía mínima. Debiendo indexarse estos tres últimos conceptos. Indicó que COLPENSIONES quedaba en libertad de demanda por los perjuicios ocasionados, declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a PORVENIR y a COLFONDOS.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión, la demandada PORVENIR S.A. la apeló, solicitando se revoquen las condenas impuestas en su contra. Al respecto refirió que, si bien existe jurisprudencia amplia y pacífica sobre el deber de información, también la Alta Corporación ha señalado que se deben estudiar las particularidades que rodearon el traslado del régimen que se reputa ineficaz, habiéndose acreditado en el proceso que ese fondo cumplió con el deber de información, de modo tal que la actora tuvo la posibilidad elegir a cual régimen quería pertenecer, lo que igualmente se colige del formulario de afiliación el cual se ajusta a derecho.

Adicionalmente, solicita se revoque los referente a la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, pues no hay lugar a retornar esas sumas como quiera que son privativos del régimen de ahorro individual, los que recibe por su adecuada administración, pues ello generaría un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES; de otra parte que los seguros previsionales no se encuentran en su poder, ya que fueron trasladados a las aseguradoras con las que contrató tal amparo, igualmente dijo que tampoco procede la indexación de tales valores, pues ese concepto se cubre con la devolución de los rendimientos financieros.

Por su parte, COLPENSIONES S.A. en su la alzada solicita se revoque la sentencia de primer grado, argumentando que la demandante no cumple con los requisitos legales y jurisprudenciales para el traslado, así mismo no se acreditó algún tipo de engaño que diera lugar a la ineficacia del traslado, pues en las oportunidades legales no manifestó inconformidad alguna sobre el particular, ni se retractó sobre su afiliación al RAIS en más de veinte años, por lo que son las normas de

ese régimen a las cuales debe ceñirse. Igualmente, debe tenerse en cuenta el cumplimiento de los deberes y obligaciones que deben cumplir los afiliados al sistema general de pensiones.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

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 desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 14 de junio de 2000 con PORVENIR S.A., la cual fue efectiva a partir del 1º de agosto de esa misma anualidad, como se aprecia de la certificación del SIAFP. Igualmente, se aporta el formulario del traslado horizontal que realizó a COLFONDOS S.A. el 4 de abril de 2003, el que se hizo efectivo el 1º de junio del mismo año. (folios 28 y 37 - archivo 16 y folios 9 y 10 – archivo 22); 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”.*

Por otra parte, la promotora en el interrogatorio de parte que rindió señaló que en el año 2000 ingresó a laborar en la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA DEL AREA ANDINA, y el asesor de PORVENIR S.A. le indicó que era un riesgo estar en un fondo del Estado que se encontraba en quiebra, debiendo tomar una decisión urgente, ofreciéndole la posibilidad de cambio; además le dijo que ese fondo tenía respaldo económico, le habló del bono pensional, que tendría una cuenta de ahorro y la posibilidad de pensionarse de manera anticipada, no obstante, no

verificó la situación de la entidad de la que se estaba trasladando y que la información suministrada por el asesor en la forma en que se expuso no le generó dudas; precisó que le indicaron que podía hacer aportes voluntarios. De otro lado, sostuvo que el traslado a COLFONDOS obedeció a que le brindaron mayores rendimientos.

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 documental que contiene información al momento del traslado de la demandante, según lo ha adocinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es evidente la carencia probatoria de la 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:*

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos	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 perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 2000, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP PORVENIR no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen, contrario a lo aducido por las apelantes.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración a la cual hace alusión PORVENIR 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“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».



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“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 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 de ordenar 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.

SIN COSTAS en esta instancia.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

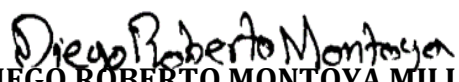
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá el 3 de noviembre de 2022, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

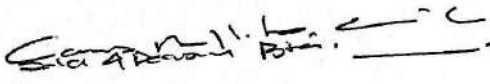
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTÓYA MILLÁN
Magistrado



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
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 CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral: 1100131050 39 2021 00441 01
Demandante: GABRIEL ADOLFO CENTANARO MEZA
Demandados: COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero 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 28 de noviembre de 2022 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:

El señor GABRIEL ADOLFO CENTANARO MEZA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., con la finalidad que se

declare sin efecto y eficacia el traslado que realizó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS S.A., y se disponga su regreso al régimen de prima media con prestación definida que administra COLPENSIONES.

Como consecuencia de tales declaraciones, se ordene el traslado del capital ahorrado en el fondo privado, y en el evento de existir alguna diferencia en relación con el capital que deba recibir COLPENSIONES para reconocer su pensión de vejez, se le autorice a pagar la diferencia y se condene en costas y agencias en derecho a las encartadas.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, expuso que se afilió por primera vez al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES en octubre de 1986 y que fue inducido a trasladarse al fondo de pensiones accionado en octubre de 1998, sin una debida información por parte la administradora del régimen de ahorro individual a la que se afilió, que le permitiera tomar en forma objetiva la determinación de cambiarse de régimen.

Destacó que la pensión que recibiría en el fondo privado sería inferior a la que obtendría eventualmente en COLPENSIONES, enfatizando que el fondo de pensiones demandado no le dio una verdadera explicación de las consecuencias que le implicaba su traslado de régimen, pues el que administra no era la mejor opción en su caso, ya que su nivel de vida se vería afectado pues no podría sufragar sus gastos mensuales con la pensión que le reconocería COLFONDOS.

Refirió que elevó petición el 2 de septiembre de 2021 ante COLPENSIONES, en la que solicitó su traslado al régimen de prima media con prestación definida, pedimento que fue denegado por la entidad. (Archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, arguyendo que no obra prueba alguna en el plenario que permita inferir que el fondo privado hizo incurrir en error al demandante, o que

se está en presencia de algún vicio del consentimiento, tampoco éste presentó 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 el actor se encuentra inmerso en la prohibición de traslado de régimen de que trata el artículo 2 de la ley 797 de 2003.

Propuso como excepciones de mérito la errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (Archivo 08).

Por su parte, COLFONDOS S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones elevadas en su contra. Arguyó que la afiliación del actor se presentó en virtud de su derecho a escoger libremente el fondo de pensiones que administra sus aportes, siendo el RAIS su elección y que sus asesores le brindaron una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado de régimen, le informaron de las características del R.A.I.S., el funcionamiento del mismo, las diferencias entre ambos regímenes pensionales, las ventajas y desventajas, la rentabilidad de los aportes en ese régimen, el derecho de retracto y los requisitos para acceder a la pensión de vejez en uno y otro régimen, luego, no se puede concluir que el traslado de régimen es nulo, por cuanto el acto cumplió con los requisitos de ley, y se dio sin presiones ni coacción alguna, por ende, no está viciado el consentimiento.

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, 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 compensación y pago. (Archivos 12).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 28 de noviembre de 2022, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo el señor GABRIEL ADOLFO CENTANARO MEZA del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de COLFONDOS S.A. y con efectividad a partir del 1º de diciembre de 1998, es ineficaz y, por ende, no produjo efecto alguno por lo que se deberá entender que jamás se separó el régimen de prima media.

SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. a que transfiera a COLPENSIONES todas las sumas de dinero obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con sus rendimientos y bonos pensionales de haberse redimidos, así como los gastos de administración o comisiones de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos emolumentos debidamente indexados al momento de cumplirse el pago.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES que reciba los dineros que se habla en el numeral anterior y reactive la afiliación del demandante al régimen de prima media sin solución de continuidad.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones presentadas por las demandadas.

QUINTO: INFORMARLE a COLPENSIONES que podrá acudir a las acciones judiciales en contra de COLFONDOS S.A. para obtener los eventuales perjuicios que se puedan causar al recibir al señor GABRIEL ADOLFO CENTANARAO MEZA al régimen de prima media.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a COLFONDOS S.A. (...).”

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 demandadas, 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 y además del interrogatorio de parte del actor no se extrae confesión sobre el cumplimiento de ese deber, pues lo que se advierte es que le informaron sobre características generales del régimen de ahorro individual.

Declarando así, la ineficacia del traslado de régimen de la actora y la consecuente devolución por parte de COLFONDOS de todas las sumas de dinero que reposen en la cuenta del actor, incluyendo rendimientos y las comisiones que recibió por administración, sin que pueda descontar lo atinente a seguros previsionales, ni el porcentaje destinados al fondo de pensión de garantía mínima, debiendo indexar los gastos de administración, seguros previsionales, y el porcentaje destinados al fondo de pensión de garantía mínima. Indicó que COLPENSIONES quedaba en libertad de demanda por los perjuicios ocasionados, declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a COLFONDOS.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión, la demandada COLPENSIONES S.A. en su la alzada solicita se revoque la sentencia de primer grado, arguyendo que el demandante no cumple con los requisitos legales y jurisprudenciales para el traslado, pues se encuentra a menos de diez años para adquirir el derecho pensional, por ende, no se pueden vulnerar los derechos de las demás personas que han venido cotizando en 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 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 como lo aduce la impugnante, 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 no se aportó el formulario de afiliación que efectuó el actor el 20 de octubre de 1998 con COLFONDOS S.A., sin embargo, se puede apreciar que el mismo se hizo efectivo a partir del 1º de diciembre de esa misma anualidad, como se observa de la certificación del SIAFP. Ahora sin gracia de discusión se hubiese allegado el precitado formulario de afiliación, lo cierto es, 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”*.

De otro lado, se recibió el interrogatorio de parte de la Representante Legal de COLFONDOS, quien dijo que no obra constancia de que al demandante se le haya informado diez años antes de cumplir la edad de pensión, que podía regresar a COLPENSIONES y tampoco obran documentos diferentes a los que se allegaron con la demanda sobre la asesoría que le brindó al momento del traslado.

Por su parte, el promotor en su declaración señaló que, en octubre de 1998, un asesor de COLFONDOS lo abordó y le dijo que el SEGURO SOCIAL se iba a liquidar, siendo su futuro pensional incierto, por lo que era mejor ese fondo pues allí su dinero estaría seguro, además podía reclamar su pensión cuando quisiera, sostuvo que le explicó que era un sistema diferente al SEGURO SOCIAL; empero, le reiteró que su dinero estaba protegido. Señaló que su decisión de trasladarse no fue voluntaria por que actuó basado en el miedo de lo que podría pasar si se quedaba en el SEGURO SOCIAL. Igualmente, él asesor le dijo que podía retirar su

dinero cuando quisiera, que obtendría rendimientos y que sus aportes serian heredados, que hasta el año 2021 busco regresar a COLPENSIONES por que confió en lo que le dijo COLFONDOS y que su motivación para regresar no es económica.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna de parte del gestor sobre el pleno suministro de una debida información, luego no obra prueba alguna que advierta una debida 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, 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:*

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos	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 perjudicarlo
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 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 no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen, contrario a lo aducido por las apelantes.

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“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 aparece 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».



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“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 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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.

SIN COSTAS en esta instancia.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá el 28 de noviembre de 2022, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTÓYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado