



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Proceso Sumario: 110012205000 **2023 01379 01**
Demandante: MARIA LUZ DEL CARMEN ROJAS DE GOMEZ
Demandado: EPS FAMISANAR S.A.S.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por E.P.S. FAMISANAR S.A.S., en contra de la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2023 por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD.

I. ANTECEDENTES:

1.1 DEMANDA:

El señor MARÍA LUZ DEL CARMEN ROJAS DE GÓMEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de la EPS FAMISANAR S.A.S., a fin de que se ordene a la encartada le reconozca y pague la suma de \$18.886.000, gastos en que debió incurrir por concepto de mastectomía, vaciamiento total de ganglios, colgajo y exámenes médicos que debió realizarse de manera prioritaria.

En respaldo de sus súplicas, indicó que en la actualidad tiene 65 años de edad y que desde 2007 es beneficiaria en el sistema general en salud de su hija Sandra Yanira Gómez Rojas, la cual se encuentra afiliada a la EPS FAMISANAR S.A.S. Asimismo, expuso que el 15 de mayo de 2021 consultó al médico general William Prada,



adscrito a la EPS accionada, quien le diagnosticó tumor maligno de la porción central de la mama derecha, por lo que le ordenó consulta prioritaria de mastología, y exámenes de mamografía prioritaria de seno derecho, tomografía computada de tórax, tac de tórax contractado prioritario y hemograma.

En esa medida, solicitó cita a MEDIAGNOSTICA para realizar dichos exámenes, sin embargo, pese a contar con las autorizaciones correspondientes, esa entidad que aducía que no tenía convenio con FAMISANAR EPS por lo que debía esperar, misma situación que acaeció con la mastología, transcurriendo así más de seis meses sin que se diera solución.

Añadió que el 13 de noviembre de 2021 ingresó por urgencias a la Clínica Boyacá debido que su seno derecho reventó, y al no contar con los resultados de los exámenes, el médico tratante le dio de alta, pese a su grave estado de salud, agregando que los exámenes fueron autorizados hasta el 19 de noviembre de 2021 y que no pudo conseguir cita para llevar a cabo el examen de mastología, quedando en lista de espera, según le indicó la EPS.

En vista de que no conseguía la cita para los exámenes y su estado de salud seguía desmejorando, decidió con su hija solicitar un préstamo para llevarlos a cabo, los cuales realizó en la Clínica de la Mujer en donde fue diagnosticada el 9 de marzo de 2022 con *carcinoma mixto ductual y metaplasico infiltrante de mama derecha estado clínico IIIB*, por ende, la médica tratante le recomendó efectuar de urgencia una mastectomía higiénica con vaciamiento axilar y colgajo de cubrimiento por CX plástica, la cual se llevó a cabo el 2 de abril de 2022.

Así las cosas, su hija el 22 de abril de 2022 solicitó a la encartada el reembolso de los gastos en los que incurrió, petición que reiteró el 22 de junio de 2022, la cual respondió el 29 de junio de 2022 de manera negativa, aduciendo que no existió negativa injustificada o negligencia de su parte, además, las ordenes medicas no fueron emitidas por un médico adscrito a esa E.P.S., lo cual no corresponde a la realidad, ya que los exámenes fueron ordenados por el médico William Prada, quien



está adscrito a esa EPS. A su vez, sostuvo que la accionada ha vulnerado su derecho al mínimo vital ya que con su hija han debido responder por el préstamo que debieron realizar para llevar a cabo el procedimiento médico. (capeta 1- archivo denominado demanda Supersalud)

1.2 TRÁMITE Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD mediante auto del 13 de octubre de 2022, admitió la demanda en contra de EPS FAMISANAR S.A.S. y además requirió a las partes y a la CLINICA DE LA MUJER S.A.S. para que rindieran informe sobre los eventos que el *a-quo* les indicó y para que aportaran la documental que se relacionó en dicho proveído.

A razón de ello, la CLINICA DE LA MUJER S.A.S. en su informe expuso que la actora ingresó el 2 de abril de 2022 a sus dependencias como paciente particular para cirugía programada por su médico tratante, y que reportó a la EPS encartada el ingreso para conocimiento de la entidad, no para solicitar autorización, ya que no hace parte de la red adscrita a FAMISANAR. (carpeta 3 archivo-respuesta Supersalud María Luz del Carmen Rojas)

Por su parte, la EPS FAMISANAR S.A.S. al contestar la demanda manifestó que el reembolso no es procedente, ya que no existe negativa injustificada o negligencia demostrada de su parte, dado que no negó la autorización de ningún servicio, y la promotora accedió de manera libre y voluntaria al servicio particular, precisando que si bien cuenta con una orden médica de un profesional de salud para la realización del procedimiento quirúrgico requerido, no fue expedida por un médico adscrito a esa EPS, sino por un galeno adscrito a la Clínica de la Mujer, institución que no tiene contrato vigente para eventos del PBS con esa entidad promotora de salud, así las cosas, de acuerdo con la jurisprudencia el servicio médico requerido por un usuario esté o no incluido en el PBS, debe en principio ser ordenado por un médico adscrito a la EPS, como quiera que es la persona capacitada con criterio científico y que conoce al paciente.



Como excepciones propuso las de renuncia a cobertura y prestación de servicios por la EPS, inexistencia de vulneración al derecho fundamental a la salud, buena fe y la genérica. (carpeta 4 archivo contestación J-2022-1098)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

La SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD profirió sentencia el 28 de septiembre de 2023, mediante la cual accedió de forma parcial a las pretensiones de la demandante, por ende, ordenó a la EPS FAMISANAR S.A.S. reconocer y pagar a favor de ésta la suma de \$15.953.551, los cuales debe sufragar en el término de cinco días a partir de la ejecutoria del fallo.

Para arribar a dicha conclusión, la Juez de instancia refirió que a fin de garantizar el derecho a la salud de los usuarios del Sistema General en Pensiones el artículo 6º de la Ley 1949 de 2019, en su literal b) establece tres escenarios en los que es posible el reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado.

En virtud de lo anterior, al examinar la demanda memoró que la actora reclama los gastos médicos en que incurrió por concepto de mastología, mamografía prioritaria de seno derecho, tomografía computada de tórax, tac de tórax contrastado prioritario, hemograma y medicamentos, los cuales fueron ordenados después de haber asistido en mayo de 2021 al servicio de urgencias por molestias con su seno derecho, oportunidad en la que fue diagnosticada con *tumor maligno de la porción central de la mama derecha*.

Destacó que después de tratar de acceder a los servicios ordenados, estos no habían sido garantizados por su aseguradora y debió acceder por urgencias el 13 de noviembre del 2021 por un sangrado activo en el seno con la patología activa, por lo que decidió acudir a consulta con mastología en la Clínica de la Mujer, recibiendo orden urgente de *"mastectomía higiénica con vaciamiento axilar y colgajo de cubrimiento por cx plástica"*, además se le advirtió del riesgo de metástasis, por lo que fue intervenida el 2 de abril del 2022, asumiendo los costos de su propio peculio,



razón por la cual radicó solicitud de reembolso de los gastos en los que incurrió, petición que fue negada por la pasiva, arguyendo que generó las autorizaciones correspondientes y que la red contratada estaba abierta a la prestación de los servicios que la demandante requería, quien por voluntad propia acudió a servicios particulares, lo cual no puede ser endilgado a Famisanar EPS.

En virtud de lo anterior, y después de analizar las pruebas que obran en el informativo, concluyó que la consulta por especialista y los exámenes clínicos ordenados para la demandante, no fueron asignados ni prestados en los términos y oportunidad establecidos por el Decreto Ley 019 de 2012, la Ley 1171 de 2007 artículo 12 y la Circular 4 de 2015. Siendo claro que FAMISANAR EPS, pese a que tuvo pleno conocimiento del cuadro clínico y tratamiento a seguir que requería su afiliada no prestó de manera oportuna los servicios médicos requeridos, ordenados desde mayo de 2021 para la gestión de su diagnóstico; situación que en ningún momento fue desvirtuada por la demandada, al no probar que garantizó de manera oportuna los servicios requeridos por su afiliada.

Asimismo, negó el pago de transporte requerido por la activa al no obrar prueba de la prestación de tal servicio, al igual que las facturas FEV-196775 del 31 de enero de 2022, factura P1-241587, y las facturas No. 3702 de 6 de abril de 2022 y en la que se hace un cobro por \$109.800, al no contar con prescripción médica.

De otro lado, accedió al pago de los gastos en que incurrió por valor total de \$15.953.551 a razón de las quince (15) facturas que se relacionan en la sentencia de instancia.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la EPS FAMISANAR S.A.S. la apeló. Insistió en su alzada que puso a disposición de la actora su red de prestadores, sin embargo, la usuaria que de forma particular y voluntaria acudió a una institución que no hace parte de su red de prestadores de servicios de salud, además no radicó las órdenes médicas dentro de un plazo razonable, sino seis (6) meses después de generadas.



Añadió que la gestora es una paciente de 66 años con antecedente de diabetes tipo 2, en quien se detecta masa en seno y es remitida para la realización de Ecografía de mama para determinar conducta, procedimiento realizado en IPS Mediagnostica Tecmedi S.A.S., y que posterior a la realización de esa ecografía asistió por urgencias a la IPS Sociedad Clínica Boyacá el 15 de mayo de 2021, ocasión en la que se emitieron órdenes para mamografía bilateral, ecografía mamaria, TAC de tórax con contraste y Biopsia de mama con aguja trucut, soportes que son allegados a la EPS solo hasta el 12 de noviembre de 2021, como obra en el reporte de autorizaciones activas del afiliado, sin que se allegue prueba de la negativa del acceso de tales servicios, pues los mismo no cuentan con sello de radicado de esa entidad en los canales dispuestos para ello.

Reiteró que la promotora fue atendida por radioterapia y oncología y oncología, el 31 de mayo de 2021, lo que demuestra que no ha negado el acceso a los servicios, al contrario solo hasta el 13 de noviembre acudió al servicio de urgencias a la Clínica Boyacá por cambios inflamatorios, y secreción sanguinolenta, se da inicio a trámite de remisión por oncología al considerarse sospecha de neoplasia, sin embargo, es cancelado ya que la IPS concede el egreso de la paciente para manejo por Consulta externa, aunado a que la gestora no había realizado los exámenes solicitados seis meses antes.

De dicha atención médica, se autoriza nuevamente ecografía de mama, en esta oportunidad el 19 de noviembre de 2021, y se direcciona a la Clínica Tundama, además, se realiza consulta por mastología a Colsubsidio Clínica Calle 127 y Biopsia de mama del 25 de noviembre de 2021 con resultado de - Carcinoma Infiltrante Grado Nuclear Iii Con Necrosis Con Cambio Apocrino, quedando así demostrado que la actora no llevó a cabo los trámites para continuar con la atención y por el contrario decidió acceder a servicios médicos de forma particular, por lo que solicita se revoque la sentencia de instancia, dado que el único documento que radico fue la del reembolso.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

IV. CONSIDERACIONES:

4.1. PROBLEMA JURÍDICO:

El problema jurídico se contrae a determinar si en el *sub-examine* resulta procedente el reembolso de las sumas que asumió el extremo activo por concepto de gastos en que incurrió por procedimientos y exámenes médicos ante el diagnóstico de “*tumor maligno de la porción central de la mama derecha*”, en la Clínica de la Mujer.

4.2. DEL CASO EN CONCRETO:

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

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

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

Sobre esta limitación, la Corte Constitucional en sentencia T-171 de 2015, ha referido que “*la libertad de escogencia constituye un derecho en doble vía, pues en primer lugar es la facultad que tienen los usuarios para escoger las EPS a las que se afiliarán para la prestación del servicio de salud y las IPS en las que se suministrarán los mencionados servicios, y por el otro representa la potestad que tienen las EPS de elegir las IPS con las que se celebrarán convenios y la clase de servicios que se*

presentarán a través de ellas". Por ello, en principio, los afiliados y sus beneficiarios están obligados a acudir para la atención de las contingencias de salud que se les presenten, a las IPS que forman parte de la red a la cual se encuentran vinculados.

Sin embargo, cuando en dichas instituciones no se garantice la prestación integral del servicio al afiliado, es factible acudir a entidades no vinculadas a la red de servicios. En esta materia se refirió la Corte Constitucional en sentencia T-238 de 2003, así: *"las EPS's (...) tienen la libertad de decidir con cuáles instituciones prestadoras de salud suscriben convenios y para qué clase de servicios. Para tal efecto, el único límite constitucional y legal que tienen, radica en que se les garantice a los afiliados la prestación integral del servicio. De allí que, salvo casos excepcionales o en atención de urgencias, los afiliados deben acogerse a las instituciones donde son remitidos para la atención de su salud, aunque sus preferencias se inclinen por otra institución"*.

A su vez, el artículo 6º de la Ley 1949 de 2019 que modificó el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, que establece las competencias de la Superintendencia Nacional de Salud señala que puede conocer de:

"b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado en los siguientes casos:

- 1. Por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una Institución Prestadora de Servicios de Salud (IPS) que no tenga contrato con la respectiva Entidad Promotora de Salud (EPS) o entidades que se le asimilen.*
- 2. Cuando el usuario haya sido expresamente autorizado por la Entidad Promotora de Salud (EPS) o entidades que se le asimilen para una atención específica.*
- 3. En los eventos de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud o entidades que se le asimilen para cubrir las obligaciones para con sus usuarios."*

El artículo 3º del Decreto 412 de 1992 define la urgencia médica en su numeral 1º como *"la alteración de la integridad física y/o mental de una persona, causada por un*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

trauma o por una enfermedad de cualquier etiología que genere una demanda de atención médica inmediata y efectiva tendiente a disminuir los riesgos de invalidez y muerte.” Entre tanto, el artículo 9º de la Resolución 5261 de 1994 expedida por el Ministerio de Salud, define la urgencia como “la alteración de la integridad física, funcional y/o psíquica por cualquier causa con diversos grados de severidad, que comprometen la vida o funcionalidad de la persona y que requiere de la protección inmediata de servicios de salud, a fin de conservar la vida y prevenir consecuencias críticas presentes o futuras.”

En tal sentido, es menester advertir en primer lugar que la demandada EPS FAMISANAR S.A.S. no se opuso a la afiliación del demandante a esa entidad promotora de salud.

Tampoco el hecho que conforme se acredita de la historia clínica de la actora, en marzo y abril de 2022 fue atendida en la Clínica de la Mujer la cual no hace parte de la red de prestadores de la accionada EPS FAMISANAR S.A.S., en donde ante el diagnóstico de *dx de carcinoma m xto (ductal y metaplásico) infiltrante de mama derecha estado clínico iii b por t4bn2mo, grado 3*, el 30 de marzo la médica tratante ordena programar urgente *mastectomía simple unilateral con vaciamiento radical axilar y colgajo de cubrimiento por cx plástica*, la cual fue llevada a cabo el 2 de abril de 2022, permaneciendo en la clínica hasta el día 4 de ese mismo mes y año, gastos que asegura la activa ascendieron a \$18.886.000, siendo reconocidos en primera instancia \$15.953.551 según facturas que se anexan con la demanda.

Ahora bien, aduce la apelante que no negó lo servicios requeridos por la actora, y a *contrario sensu*, la actora nunca acudió a solicitar las citas médicas para los exámenes ordenados desde mayo de 2021, lo cual solo efectuó el 12 de noviembre de 2021, aseveraciones que no tienen asidero, pues en primer lugar se advierte que dichos exámenes fueron prescritos por un médico de una IPS adscrita a su red de prestadores desde mayo de 2021, calenda desde la cual la pasiva ya había advertido que la actora padecía una condición de salud que requería atención prioritaria. Adicionalmente, para la Sala el hecho de que tales documentos no cuenten con sello



de radicado no logra derruir las afirmaciones de la demandante, quien sostuvo que solicitó en varias ocasiones cita para practicar los exámenes, sin obtener un resultado positivo.

Es más, para este Juez Colegiado es evidente la negligencia tanto de la EPS como de la IPS adscrita a su red de prestadores de servicios, la cual atendió de urgencias a la actora el 13 de noviembre de 2021, pues pese a haber evidenciado cambios inflamatorios en mama y secreción sanguinolenta, y dar inicio a trámite de remisión por oncología al considerarse sospecha de neoplasia, la canceló y le dio de alta para manejo por consulta externa, por no tener los referidos exámenes, como lo reconoce la misma apelante. Y es que en una sana lógica y ante tal urgencia, lo dable era que se hubiesen practicado antes de dar de alta ya sea en la clínica donde fue atendida, o en otro prestador de servicios antes de dar egreso a la paciente, lo que hubiese permitido dar una atención oportuna al carcinoma que le fue diagnosticado y a razón del cual debió ser intervenida de urgencia en una entidad que no pertenecía a la red de prestadores de la encartada, por cuenta propia de la afiliada, pues estaba en juego no solo su salud, sino su vida.

En virtud de lo anterior, para la Sala al igual que lo concluyó el Juez de primer grado, el diagnóstico de la actora en efecto se trataba de una urgencia que requería de intervención especializada lo más pronto posible para prevenir consecuencias irreversibles a futuro en la vida misma de la demandante, de modo que, así la pasiva contara con profesionales de la salud adscritos a su red de prestadores que hubieran podido atenderla, no era viable someter a la promotora a largos procedimientos médicos y trámites administrativos, por eso resulta entendible la necesidad de la demandante que costear de su propio peculio el procedimiento medico al cual fue sometida.

En vista de lo anterior, es acertada la condena impuesta por el ente superintendencial, máxime si se tiene en cuenta que según lo expuso la activa, sufragó los gastos en que incurrió al tener que tratar de urgencia el tumor que le había sido detectado, valores que en esta instancia no discuten y que puso en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

conocimiento de la encartada como dan cuenta las solicitudes de reembolso, sin que fuesen devueltos al considerar que no había negado la prestación de servicios y había sido atendida en una clínica con la cual no tenía convenio; situaciones todas que conllevan a concluir que la sentencia de primer grado debe ser confirmada en su integridad. **SIN COSTAS** en esta instancia.

VI. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2023 por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, dentro del proceso de la referencia, de acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



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

Ordinario Laboral 1100131050 01 2021 00629 01
Demandante: NELSON ORDOÑEZ BUSTOS
Demandados: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de PORVENIR S.A. al abogado MIGUEL ÁNGEL CADENA MIRANDA, identificado con cédula de ciudadanía 1.020.792.591 y T.P. 380.420 del Consejo Superior de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

Igualmente, se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la profesional del derecho AMANDA LUCÍA ZAMUDIO VELA, identificada con cédula de ciudadanía 51.713.048 y T.P. 67.612 del Consejo Superior de la Judicatura.

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 22 de enero de 2024 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá.

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



I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor NELSON ORDOÑEZ BUSTOS promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES Y PORVENIR S.A., a fin de declararse la ineficacia de la afiliación y del traslado que efectuó en abril de 2000 del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., por existir engaño y asalto en su buena fe al momento que se trasladó de régimen.

Como consecuencia de tal declaración, pretende se ordene a COLPENSIONES lo reciba y afilie en el régimen que administra y se condene a PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES a reconocer y pagar los intereses generados por la mora injustificada en la no autorización su traslado del RAIS al RPMPD, sobre los aportes a pensión que deben ser devueltos, a partir del 1º de abril de 2000 hasta la fecha en que se verifique la devolución de los mismos. Se condene a las demandadas a que indexar las sumas adeudas más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 14 de diciembre de 1960, y prestó sus servicios a diferentes empleadores, entre ellos el Banco Ganadero al cual prestó servicios del 1º de julio de 1994 al 26 de julio de 2000, el cual en 1998 pasó a ser parte del BBVA, entidad bancaria que para el año 2000 era accionista del fondo de pensiones HORIZONTE, al cual fue trasladado por parte de su empleador sin consultarle, además, enfatizó que previamente estuvo afiliado al ISS donde alcanzó 912 semanas.

A continuación, expuso que el fondo privado no le ofreció información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, luego, su traslado ser dio sin su consentimiento. Además, refirió que solicitó a COLPENSIONES su retorno a ese régimen, pedimento que fue denegado, igualmente, expuso que según simulación pensional su mesada en ese régimen sería superior a la que obtendría en el RAIS. (archivo 01).



1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones del *petitum*, argumentado que el traslado de régimen pensional del demandante al RAIS es completamente válido. A su vez, refirió que en el presente caso no se dan los supuestos necesarios para declarar la ineficacia de la afiliación del demandante a ese régimen, ya que durante su vinculación tuvo todas las posibilidades de conocer las características y condiciones del mismo, las cuales están consagradas en la Ley 100 de 1993 al igual que las del Régimen de Prima Media.

En su defensa 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 contestó la demanda con oposición a las pretensiones del libelo introductorio, aduciendo que no se allegó prueba alguna que permita que permita invalidar el acto jurídico de afiliación que libre y espontáneamente realizó el actor a dicho fondo privado, aunado a ello la información que extraña no haber recibido, se encuentra contenida en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, normas que, por ser de alcance nacional, impone su conocimiento y obligatorio cumplimiento.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 de 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, la innominada o genérica y no procedencia de condena en costas y agencias en derecho en instituciones que administran recursos del sistema general de pensiones. (archivo 09).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 22 de enero de 2024, resolvió:



“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de Régimen Pensional del demandante señor NELSON ORDOÑEZ BUSTOS, identificado con la C.C. No. 3.224.973, a través del fondo administrado por PORVENIR S.A., conforme lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada COLPENSIONES autorizar el traslado Pensional del demandante señor NELSON ORDOÑEZ BUSTOS, identificado con la C.C. No. 3.224.973 al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido trasladado al RAIS; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

TERCERO: ORDENAR a PORVENIR S.A. trasladar con destino a COLPENSIONES los aportes efectuados por el demandante NELSON ORDOÑEZ BUSTOS, en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, y lo indicado en esta decisión judicial lo que tiene que ver con prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a formar el fondo de garantías mínimas y valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el aquí demandante estuvo afiliado al fondo de pensiones y cesantías, sin que le sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por el accionante; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

CUARTO: DECLARAR que la demandada COLPENSIONES, puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

SEXTO: Costas a cargo de las demandadas en la presente instancia.”

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



En consecuencia, declaró la ineficacia del traslado, correspondiendo a las demandadas llevar a cabo lo pertinente a fin de dar vialidad a la afiliación del demandante en el régimen de prima media y la consecuente devolución de los emolumentos que esa situación conlleva, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a las demandadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

La demandada COLPENSIONES apeló la decisión de primer grado. Al respecto, sostuvo que la declaratoria de ineficacia afecta el patrimonio de esa entidad, ya que si bien existe un criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, no es menos cierto que debe analizarse cada caso en particular, de manera que, el demandante no puede estar exonerado de su deber de ilustrarse frente a la decisión de cambio de régimen pensional, ello en consonancia con lo normado en el Decreto 2241 de 2010, que consagra las obligaciones del afiliado al Sistema General de Pensiones, el cual en el presente asunto no se encuentra disminuido en su capacidad para celebrar actos y contratos, luego, fue negligente frente a este aspecto, aunado a que no hizo uso del derecho de retracto y rescisión.

Así mismo, expuso que se ve vulnerada la sostenibilidad financiera del sistema pensional con la decisión de primer grado como lo ha dicho la Corte Constitucional, de manera que debe primar el interés general sobre el particular al tener que asumir una prestación pensional de una persona que no hizo aportes en el régimen que administra, lo que vulnera los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del sistema de Seguridad Social en pensiones. En otro giro, solicita que en caso de confirmarse la decisión del *a-quo*, no se le condene en costas, ya que no intervino en el acto que fue declarado ineficaz y es un tercero que comparece al proceso por obligación, y su negativa al traslado tiene sustento en la ley.

PORVENIR S.A. en su alzada solicita se revoque el fallo de primera instancia, ya que cumplió a cabalidad con las obligaciones establecidas en la normatividad vigente para la fecha en que se efectuó el traslado, por lo que no se le puede exigir que cumpla con condiciones diferentes, pues tal actuar ignora el principio de legalidad, más si se tiene en cuenta que en el presente asunto el gestor reconoció



en el interrogatorio de parte que conoce como se calcula la pensión en los dos regímenes.

Por otra parte, sostuvo que los gastos de administración que se ordena trasladar tiene una destinación específica por mandato legal, la cual cumplió plenamente, y fueron destinadas a cubrir todos los gastos que implican la correcta administración de los recursos, principalmente el manejo de las inversiones tendientes a obtener el incremento y la rentabilidad de sus recursos y cuyo rendimiento fueron reconocidos al accionante, de ahí que, frente a la devolución de los rendimientos se debe dar aplicación a las restituciones mutuas, pues de otro lado se estaría dando un enriquecimiento sin justa causa a favor del Régimen de Prima Media, pues en últimas se beneficia de una administración que no realizó.

Por otra parte, indicó que los dineros se destinaron a la contratación de seguros de invalidez y sobrevivencia, el cual cubrió a la demandante durante toda su afiliación frente a esas contingencias, es decir, que cumplieron su finalidad sin que sea admisible su devolución. Finalmente, refirió que es improcedente la condena por indexación, toda vez que se suplen con la condena frente a los rendimientos, por ende, ordenar la indexación conlleva una doble condena a su cargo.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:



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

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

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



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

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

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



recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación por medio del cual el demandante se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 24 de abril de 2000, vinculación que se hizo efectiva el 1º de junio de 2000; según el reporte SIAFP. (f. 35 y 70 archivo 08). Formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal



como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, el demandante señor NELSON ORDOÑEZ BUSTOS en el interrogatorio de parte a él practicado, expuso que hace 23 años no está afiliado al ISS hoy COLPENSIONES y que su motivación para regresar al Régimen de Prima Media es el valor de su mesada, añadiendo que por desconocimiento no retornó antes al fondo público y que no solicitó asesoría al ISS antes del traslado. De otro lado, frente a su traslado de régimen precisó que antes del año 2000 estaba afiliado al ISS y se encontraba laborando para el BANCO COMERCIAL ANTIOQUEÑO el cual fue comprado por el BBVA, en consecuencia, al ser HORIZONTE del mismo grupo empresarial, fueron afiliados a ese fondo sin recibir ninguna asesoría, y sin que estuviese presente un asesor del fondo, pese a no recordar quien le entregó el formulario, agregando que solo les dijeron que había una nueva ley y por eso los trasladaban, a su vez, señaló que recibe los extractos y rendimientos, que al momento del traslado no sabía que se estaba trasladando de régimen y las consecuencias de tal decisión y que posteriormente se acercó al fondo para conocer los pormenores del valor de su pensión.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. al momento del traslado del demandante, según lo adocinado por 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 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 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 2000, una “Ilustración de las características, condiciones, acceso,



efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP HORIZONTE hoy 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 gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que



deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera respecto de COLPENSIONES, al declararse la ineficacia del traslado, conviene mencionar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló sobre el particular:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecencial de la devolución de los gastos de administración y



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

En lo atinente a la inconformidad que presenta COLPENSIONES respecto a la condena en costas, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, o la que se resuelva de forma desfavorable la apelación, luego, al haber sido evidente que esa accionada se opuso a las pretensiones de la demanda, presentó excepciones y la alzada fue resuelta desfavorablemente, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas en su contra. Al tema, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

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

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

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

“Por ello se procederá a Condenar a Old Mutual SA hoy Skandia, a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.



Paralelamente, se ordenará a Porvenir SA devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Posición esta última que reitera lo indicado con antelación por esa Alta Corporación en sentencia SL5047-2021, Radicación No. 83777 del 25 de octubre del 2021 en la que señaló:

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

De lo anterior, dimana con claridad que no erró el *a-quo* en la decisión de primera instancia. Sin embargo, estima la Sala necesario modificar el numeral tercero de la sentencia de primera grado, en el sentido de precisar que las sumas que deben ser indexadas al momento de su devolución a COLPENSIONES por parte de PORVENIR S.A., corresponden a los gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, por el tiempo en que el demandante estuvo vinculado con esa administradora y con HORIZONTE, por las razones antes expuestas. En lo demás habrá de confirmarse la sentencia de instancia.

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Salto de Guatía Laboral

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 22 de enero de 2024 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de precisar que las sumas que deben ser indexadas al momento de su devolución a COLPENSIONES por parte de PORVENIR S.A., corresponde a los gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, por el tiempo en que el demandante estuvo vinculado con esa administradora y con HORIZONTE, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado
ACLARO VOTO


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



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

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

**PROCESO ORDINARIO LABORAL No 01 2021 00629 01 DE NELSON
ORDOÑEZ BUSTOS contra COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 29 de febrero de los corrientes.

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

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

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

Ordinario Laboral 1100131050 02 2021 00065 01
Demandante: CLAUDIA PATRICIA GUTIÉRREZ CELIS
Demandados: COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. Y
 SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de PORVENIR S.A., a la abogada VANESSA GÓMEZ QUINTERO, identificada con cédula de ciudadanía 1.032.509.355 y T.P. 409.053 del Consejo Superior 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 SKANDIA S.A. y COLPENSIONES en contra de la sentencia proferida el 4 de diciembre de 2023 por el Juzgado Segundo 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 PATRICIA GUTIÉRREZ CELIS promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., con la finalidad que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación que realizó al régimen de ahorro individual con solidaridad en febrero de 2000 a través de ING hoy PROTECCIÓN S.A., por vicio en el consentimiento, asimismo, se declare de las afiliaciones que efectuó a SKANDIA S.A. y a PORVENIR S.A., el 10 de enero de 2008 y el 28 de julio de 2010, respectivamente.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende que se condene a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y los rendimientos que se hubieren causado. Se ordene a COLPENSIONES la reciba en el régimen que administra y active su afiliación, condene a los demandados al pago de las costas y agencias en derecho, más lo que resulte probado de maneta *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, refirió que estuvo afiliada del 1º de enero de 1986 al 28 de febrero de 2000 en el INSTITUTO DEL SEGUROS SOCIALES, en donde alcanzó 84 semanas, y que en febrero de 2000 estando al servicio de la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA MANUELA BELTRÁN, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de ING hoy PROTECCIÓN S.A., después de que los asesores de ese fondo le aseguraron que el ISS sería liquidado, por lo que podría perder sus cotizaciones, en cambio en ese fondo sus rendimientos serían mayores y se podía pensionar de forma anticipada, sin embargo, no le informó sobre el derecho de retracto que le asistía.

Seguidamente, relató que los asesores de SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A., la mantuvieron en tal error al momento de afiliarse a esos fondos y que a noviembre de 2019 cuenta con 1086 semanas cotizadas en el Sistema General de Pensiones. A su vez, expuso que el 12 de noviembre de 2019 solicitó a las encartadas la nulidad de su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y su consecuente retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pedimento que fue denegado por esas administradoras de pensiones. Finalmente,



sostuvo que según proyección pensional su mesada en el RPMPD sería superior a la que percibiría en el RAIS. (f. 2 a 23 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

SKANDIA S.A. al contestar se opuso a las pretensiones de la demanda. Al respecto, refirió que para el año 2008 la actora era una persona plenamente capaz de tomar sus propias decisiones y jurídicamente legitimada para adquirir obligaciones contractuales, en consecuencia, en aplicación a la libre escogencia de régimen aceptó todas y cada una de las condiciones del RAIS, conforme lo dispuesto en la Ley 100 de 1993.

En su defensa propuso como excepciones las que denominó como actos de relacionamiento, 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, SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, 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 facticos 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. (f. 2 a 22 archivo 05).

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, arguyendo que la demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad o ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, por lo que el mismo debe tenerse como válido y eficaz, aunado a que no acreditan los supuestos en los que se funda el vicio en el consentimiento que alega, esto es, el error, la fuerza o el dolo, de ahí, que no se evidencie la vulneración a la voluntad de elección de régimen pensional de la afiliada, para dar cabida a lo dispuesto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.



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. (f. 2 a 20 archivo 06)

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

Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de aportes y la innominada o genérica. (f. 2 a 33 archivo 09).

COLPENSIONES en su contestación se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que dentro del expediente no obra prueba de que a la demandante se le haya hecho incurrir en error por falta al deber de información por parte de las AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, esto es, error, fuerza o dolo, así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesta que permita inferir inconformidad por parte de la demandante, por el contrario se observa que las documentales se encuentra sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, igualmente en el presente caso el demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, para poderse trasladar de régimen en cualquier tiempo.



Propuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, 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. (f. 2 a 39 archivo 08).

En cuanto al llamamiento en garantía que elevó SKANDIA S.A., respecto a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., aduciendo que, en caso de ser condenada, esa aseguradora debe reembolsar los valores pagados por concepto de seguro previsional; fue aceptado mediante auto adiado el 25 de julio de 2022. (archivo 14).

En esa medida, MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda, refiriendo que la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad se ciñó a las regulaciones normativas sobre el derecho de información vigentes a la fecha del traslado.

Propuso las excepciones de acto jurídico de afiliación al RAIS fue debidamente informado y todas las decisiones tomadas por la demandante se dieron al amparo del principio de "*autonomía de la voluntad*", sin estar mediadas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitas y válidas, inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad material o de invalidación del acto jurídico de afiliación de la demandante a la AFP OLD MUTUAL hoy SKANDIA., legalmente la demandante se encuentra inhabilitada para trasladarse de régimen pensional y la de reconocimiento oficioso de excepciones.

Respecto a las pretensiones del llamamiento en garantía, se opuso a las mismas, bajo el argumento de que las pretensiones de la demanda no tienen relación con el llamamiento en garantía, dado que el único objeto del seguro previsional regulado en los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993, es que en caso de realizarse el riesgo se impone para la aseguradora el pago de la suma adicional para completar el capital que financie el monto de la pensión de invalidez o



sobreviviente.

Como excepciones de mérito del llamamiento propuso las que nombró como inexistencia de derecho contractual por parte de SKANDIA, frente a la acción material ejercida por la parte demandante, SKANDIA S.A. 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.; En caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. no se encuentra obligada a efectuar devolución de la prima ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ella fue legalmente devengada 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 que afecten a la llamante, AFP SKANDIA S.A., por lo mismo, no está obligada a restitución alguna, prescripción de la acción derivada del contrato de seguro y reconocimiento oficioso de excepciones. (fls. 2 a 22 archivo 15).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 4 de diciembre de 2023, resolvió:

“DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO que realizó la señora CLAUDIA PATRICIA GUTIERREZ CELIS identificada con CC. 39.702.029, al RAIS administrado por ING PENSIONES Y CESANTÍAS hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN realizado el 27 de enero de 2000, así mismo, y de contera los traslados realizados de manera posterior a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. el 10 de enero de 2008, a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. el 28 de julio de 2010 y que se ordene el traslado de la demandante a COLPENSIONES; de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante la señora CLAUDIA PATRICIA GUTIERREZ CELIS, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746

del C.C., esto es, con los rendimientos causados, los gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, sin lugar a descuento alguno o deterioros sufridos por el bien administrado.

TERCERO: CONDENAR a la ING PENSIONES Y CESANTÍAS hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante CLAUDIA PATRICIA GUTIERREZ CELIS, como todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos causados, los gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, sin lugar a descuento alguno o deterioros sufridos por el bien administrado, debidamente indexados igualmente por la AFP y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que el accionante estuvo afiliado a dicha administradora del RAIS.

CUARTO: CORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación al I.S.S. hoy Colpensiones, desde el 11 de febrero de 1989, por lo que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información la historia laboral y demás información necesaria para la obtención de su pensión a futuro de la señora CLAUDIA PATRICIA GUTIERREZ CELIS, en el RPM una vez se encuentre ejecutoriado el presente fallo.

QUINTO: ABSOLVER a la demandada MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. del llamamiento en garantía realizado por SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

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

SÉPTIMO: ABSOLVER A LAS DEMANDADAS de las restantes pretensiones incoadas en su contra por la demandante.

OCTAVO: CONDENAR en costas a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a un (1) SMLMV.

NOVENO: REMITIR por secretaría el proceso al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. - Sala Laboral en grado jurisdiccional de consulta en su favor.

DECIMO: Por Secretaría y previo a remitir el expediente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala Laboral, se remitirá copia de esta sentencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo establece el art. 48 de la Ley 2080 de 2021.

DECIMO PRIMERO: Si no fuere apelado el presente fallo, CONSÚLTESE con el superior.”



Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia precisó que no se debatía que la gestora estuvo afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y posteriormente se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de ING el 27 de enero de 2000 y los demás traslados horizontales a SKANDIA. S.A. y a PORVENIR, sin que obre en el plenario prueba alguna sobre una debida información.

A su vez, mencionó el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993 que versa sobre la selección de régimen pensional, elección que debe ser libre e informada, obligación que existe desde el nacimiento de los fondos privados y que se ha dado en tres etapas diferentes, según lo ha expuesto la reiterada jurisprudencia, elección que presupone un conocimiento el cual solo es posible cuando se comprende a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole, y que no se acredita con la suscripción del formulario de afiliación, ya que de lo contrario sería acreedor de la sanción del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Refirió que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral ha sostenido que, dentro de las garantías en favor de los afiliados, las AFP deben suministrar información de manera clara, cierta, completa y comprensible sobre las características, condiciones, beneficios, diferencias y consecuencias al momento en que una persona desea trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, con el fin de que puedan tomar decisiones informadas, deber de información que está a cargo del fondo privado, y no se convalida con los diferentes traslados horizontales.

Así las cosas, al no cumplirse con la carga probatoria que le asistía a la encartada PROTECCIÓN antes ING, al tenor de lo preceptuado en el artículo 167 del C.G.P., lo que no se prueba con el formulario de afiliación, la *a-quo* declaró la ineficacia del traslado, junto con el consecuente traslado de los respectivos emolumentos a que haya lugar, en la forma que se indica en la sentencia. Sobre el llamamiento en garantía de MAPFRE concluyó que el objeto que ampara las pólizas que suscribió con SKANDIA no tiene relación con la ineficacia del traslado que se debate, por ende, absolvió a esa llamada en garantía de las pretensiones elevadas en su contra. Finalmente, declaró no probadas las excepciones propuestas por las encartadas y condenó en costas a PROTECCIÓN S.A.



III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión SKANDIA S.A. la apeló. Al respecto, solicita se revoque la condena impuesta a su cargo consistente en devolver los gastos de administración y seguros previsionales, dado que los mismos se usaron en aras de incrementar el capital de la cuenta de ahorro individual de la actora, lo cual se vio reflejado en unos rendimientos, los cuales ya fueron trasladados al nuevo fondo de pensiones y se les dio el uso autorizado por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y la Resolución 2549 de 1994.

De la misma forma, expuso que el fallo debe estar ajustado a principios constitucionales de equidad y justicia, de ahí que, si se van a trasladar los rendimientos, no es dable trasladar lo concerniente a gastos de administración, pues fue gracias a esos manejos que se generaron dichos rendimientos. Igualmente, solicita aplicar la teoría de las restituciones mutuas, pues las condenas impuestas le causan un perjuicio a su patrimonio.

De otro lado, solicita que, en caso de confirmarse la condena impuesta por seguros previsionales, sea redireccionada a la llamada en garantía, ya que dichos recursos nunca estuvieron a su cargo, ello además en el supuesto de que las cosas vuelven a su estado inicial a razón de la ineficacia del traslado, pues de otra forma se estaría generando un enriquecimiento a favor de la aseguradora, en atención a que pagó un seguro al cual nunca estuvo afiliada la activa.

COLPENSIONES en su alzada, solicita se revoque la sentencia como quiera que la demandante se vinculó al régimen de ahorro individual, producto de una decisión libre, consciente y voluntaria, la cual fue ratificada con el paso del tiempo. Además, la actora se encuentra inmersa en la prohibición de que trata el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, por ende, no es procedente el retorno a esa entidad.

Refiere que la decisión objeto de disenso afecta el equilibrio financiero del sistema ya que tiene que reconocer una prestación a la demandante, lo que afecta el principio de igualdad frente a los otros asegurados de esa administradora, la cual no tuvo injerencia en el negocio jurídico celebrado entre la actora y el fondo privado, por ende, no puede ser perjudicada ni favorecida con los resultados de ese negocio jurídico, de modo que, se debe dar aplicación a la teoría del daño del



derecho civil, en el sentido que quien cause el daño es quien debe repararlo, y como no tuvo injerencia, no puede ser perjudicada con la decisión.

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.

Ahora bien, 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.

Al respecto, 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 de 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 brilla por su ausencia el formulario de afiliación por medio del cual la actora se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 27 de enero de 2000 por medio de ING hoy PROTECCIÓN S.A., sin embargo, se aportaron los formularios de afiliación a SKANDIA S.A. y a PORVENIR S.A. mediante los cuales se afilió a esos fondos el 10 de enero de 2008 y el 28 de julio de 2010. Vinculaciones que según el certificado SIAFP se hicieron efectivas el 1º de marzo de 2000, 1º de marzo de 2008 y 1º de septiembre de 2010. (f. 23 archivo 05 y f. 59 archivo 06)

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”.*

De otro lado, se recibió el interrogatorio de parte de la actora CLAUDIA PATRICIA GUTIÉRREZ CELIS, quien expuso que no se encuentra pensionada y que desea retornar al Régimen de Prima Media por que no fue informada durante sus traslados de fondos. Además, agregó que estando al servicio de la UNIVERSIDAD MANUELA BELTRAN como docente, fueron convocados a una reunión con

asesoras de DAVIVIR, quienes les dijeron que el ISS estaba en quiebra y que les convenía trasladarse ya que su dinero estaría seguro, y obtendría rendimientos y la posibilidad de una pensión anticipada, enfatizando que fue por temor a lo que sucedería con el fondo público y que nunca supo que podía retornar al mismo, que no fue obligada a suscribir el formulario.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, no obra prueba alguna que advierta una debida información de parte de ING hoy PROTECCIÓN S.A. al momento del traslado de la demandante, por lo que según lo adoctrinado por 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 que guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos	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 ING hoy PROTECCIÓN S.A., no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen de la promotora.

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

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



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

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

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que 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, rubros que como viene de verse, deben ser asumidos por los fondos privados con su propio patrimonio, y no de la aseguradora, como lo pretende SKANDIA.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado frente a COLPENSIONES, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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

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

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

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

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

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



permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

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

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

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

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

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

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la



aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas de la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual, desestimándose así los argumentos expuestos por las encartadas en su alzada sobre tales aspectos.

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

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

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

“Por ello se procederá a Condenar a Old Mutual SA hoy Skandia, a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.



Paralelamente, se ordenará a Porvenir SA devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Posición esta última que reitera lo indicado con antelación por esa Alta Corporación en sentencia SL5047-2021, Radicación No. 83777 del 25 de octubre del 2021 en la que se indicó lo siguiente:

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

De lo anterior, dimana con claridad que no erró la *a-quo* en la decisión de primera instancia. Sin embargo, estima la Sala necesario adicionar los numerales segundo y tercero de la sentencia de primera grado, en el sentido de precisar que además de las sumas allí indicadas como objeto de devolución, PROTECCIÓN S.A. antes ING, SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A. deben devolver a COLPENSIONES lo correspondiente a aportes al fondo de garantía de pensión mínima en porción al tiempo en que estuvo vinculada en esas administradoras, concepto que debe ser indexado al momento de su pago, junto con los gastos de administración y los seguros previsionales. En lo demás, habrá de confirmarse en su integridad la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de lo Social Laboral

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 4 de diciembre de 2023 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de precisar que además de las sumas allí indicadas como objeto de devolución, PROTECCIÓN S.A. antes ING, SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A. deben devolver a COLPENSIONES lo correspondiente a aportes al fondo de garantía de pensión mínima en porción al tiempo en que estuvo vinculada en esas administradoras, concepto que debe ser indexado al momento de su pago, junto con los gastos de administración y los seguros previsionales, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

ACLARO VOTO


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



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

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

PROCESO ORDINARIO LABORAL No 02 2021 00065 01 DE CLAUDIA PATRICIA GUTIÉRREZ CELIS contra COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. Y PORVENIR S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 29 de febrero de los corrientes.

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

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

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

Ordinario Laboral: 1100131050 03 2019 00187 01
Demandante: JAVIER ERNESTO VELÁSQUEZ BARRIGA
Demandado: PROTECCIÓN S.A., SURAMERICANA – SERVICIOS DE SALUD IPS SURAMERICANA S.A. y la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

AUTO:

Se advierte que el proceso luego de que fue repartido en segunda instancia, se emitió proveído calendado el 21 de junio de 2023, por medio del cual se rechazó el recurso de apelación de la parte demandante al no cumplir con los requisitos legales, toda vez que confrontado el audio del mismo, si bien el profesional del derecho mencionó solicitar la procedencia del recurso de alzada, lo cierto es que no fue sustentado, de allí que se dispusiera estudiar el asunto en el grado jurisdiccional de consulta a favor del extremo actor, así como admitir el recurso de apelación interpuesto por la demandada NUEVA EPS.

Por tal razón, en virtud de lo anteriormente expuesto, se hace necesario declarar sin valor ni efecto el proveído en mención en lo que atañe al estudio del grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, ya que resulta incongruente que el asunto de marras se estudie en tal orientación cuando la sentencia de primera instancia no fue totalmente adversa al actor por cuanto se reconoció un pago de incapacidades, lo que va en contravía de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.; circunstancia por la cual, se efectuará lo pertinente.



De otra parte, se observa que en segunda instancia la parte demandante solicitó a este Tribunal se decrete como prueba un dictamen por parte del INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES, con la finalidad que determine su grado de incapacidad física para laborar, al igual que pretende sea incorporado examen médico proferido por el HOSPITAL SAN VICENTE DE PÁUL DE NEMOCÓN en la anualidad 2023.

Al respecto, es menester traer a colación lo establecido en el artículo 83 del C.P.T. y de la S.S.:

“ARTICULO 83. CASOS EN QUE EL TRIBUNAL PUEDE ORDENAR Y PRACTICAR PRUEBAS. *Las partes no podrán solicitar del Tribunal la práctica de pruebas no pedidas ni decretadas en primera instancia.*

“Cuando en la primera instancia y sin culpa de la parte interesada se hubieren dejado de practicar pruebas que fueron decretadas, podrá el tribunal, a petición de parte, ordenar su práctica y la de las demás pruebas que considere necesarias para resolver la apelación o la consulta.

Si en la audiencia no fuere posible practicar todas las pruebas, citará para una nueva con ese fin, que deberá celebrarse dentro de los diez (10) días siguientes”.

Bajo este entendimiento, confrontada la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S. llevada a cabo en primera instancia, se aprecia que el *a quo* dispuso la negativa de decretar la prueba atinente al dictamen pericial por parte del INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES que solicitara el actor con el escrito de demanda, sin que esa actuación hubiese sido refutada o interpuesto los recursos legales, lo que da lugar a la negativa de la solicitud.

En lo que concierne a la incorporación de un examen médico proferido en el año 2023 por el HOSPITAL SAN VICENTE DE PÁUL DE NEMOCÓN, tampoco resulta gozar de prosperidad su pedimento, ya que resulta ser una prueba sobreviniente y abiertamente extemporánea, que no fue objeto de análisis en primer grado, la cual de aceptarse vulneraría el derecho de contradicción y defensa de las partes que integran la litis.

Es por ello, que se

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR PARCIALMENTE SIN VALOR Y EFECTO el auto calendado el 21 de junio de 2023, en lo que concierne al estudio del proceso en el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, para en su lugar, proceder únicamente con el estudio del recurso de apelación interpuesto por la NUEVA EPS, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: NEGAR las solicitudes elevadas por la parte demandante y que gravitan en torno al decreto de un dictamen pericial por parte del INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES y la concerniente a la incorporación de un examen médico proferido en el año 2023 por el HOSPITAL SAN VICENTE DE PÁUL DE NEMOCÓN según lo expuesto.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS PAREDES GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



Diego Fernando Guerrero Osejo
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la NUEVA EPS, en contra de la sentencia proferida el 28 de marzo de 2023 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JAVIER ERNESTO VELÁSQUEZ BARRIGA promovió demanda ordinaria laboral en contra de PROTECCIÓN S.A., SURAMERICANA –



SERVICIOS DE SALUD IPS SURAMERICANA S.A. y la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ.

Lo anterior, a fin de declararse que PROTECCIÓN S.A. debe reconocerle, liquidarle y pagarle la pensión de invalidez derivada de su incapacidad para laborar como consecuencia de las enfermedades que lo aquejan denominadas enfermedad de Chiari, discopatía cervical C5 y C6 y trastornos somatomorfos, así como que deben cancelarse las incapacidades laborales que ha asumido la empleadora FLORES LUNA NUEVA S.A.S.

Igualmente, se decrete la nulidad de los dictámenes de determinación de origen y/o pérdida de capacidad laboral y ocupacional rendidos por SURAMERICANA – SERVICIOS DE SALUD IPS SURAMERICANA S.A., así como de las resoluciones proferidas por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, los cuales riñen con la realidad médica al no haberse realizado una valoración seria y completa de su estado.

Que se decrete que la empresa FLORES LUNA NUEVA S.A.S. debe cancelarle los salarios y las incapacidades médicas que se le adeudan desde el mes de enero de 2018 hasta la fecha en que se profiera sentencia, ello con la finalidad de repetir en contra de PROTECCIÓN S.A. por las sumas que igualmente le corresponde cancelar a la empresa.

Finalmente, pretende que lo anterior se pague de manera indexada, cancelación de intereses moratorios en los términos del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que trabaja en la empresa FLORES LUNA NUEVA S.A.S. desde el 1º de febrero de 2012, ello a través de contrato a término indefinido desempeñando el cargo de Supervisor de Mantenimiento, con una asignación salarial mensual de \$1.250.000.

Adujo que se encuentra afiliado en los riesgos de vejez, invalidez y muerte a través de PROTECCIÓN S.A., así como que en la actualidad se encuentra



enfermo y con pérdida de capacidad laboral a razón de las patologías que lo aquejan como son enfermedad de Chiari, discopatía cervical C5 y C6 y trastornos somatomorfos, las cuales impiden su locomoción, dependiendo de compañía en todo momento de otra persona.

Que, dado su estado de invalidez, solicitó se le practicara dictamen sobre el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, por lo que PROTECCIÓN S.A. remitió su caso con destino a SURAMERICANA – SERVICIOS DE SALUD SURAMERICANA S.A., última quien calificó su pérdida de capacidad laboral en 42.53% de origen común y una fecha de estructuración del 4 de enero de 2017.

Posteriormente, la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ profirió dictamen el 13 de octubre de 2017 con calificación de pérdida de capacidad laboral del 44.55% y la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ en dictamen del 25 de julio de 2018 confirmó el anterior dictamen.

Sin embargo, adujo que las entidades en los 3 procesos de calificación de invalidez no realizaron una valoración seria y completa de su salud, en el entendido que no se analizó el síndrome de Chiari que les fue puesto en conocimiento de la RM COLUMNA CERVICAL.

Que desde el 12 de febrero de 2016 hasta el 30 de noviembre de 2018 ha presentado una serie de incapacidades médicas derivadas de parálisis de Bell, enfermedad desmielinizante del sistema nervioso, cefalea, otros síndromes de cefalea especificados, accidente vascular encefálico agudo no especificado, secuelas de otros accidentes, trastorno de disco cervical con mielopatía G9, tumor de comportamiento incierto o desconocido, episodio depresivo moderado, otros trastornos somatomorfos, síndrome de Arnold Chiari, trastorno disociativo (de conversión no especificado), trastorno de disco cervical no especificado, otros desplazamientos del disco cervical y trastornos de la raíz cervical no clasificados.

Arguyó que según se advierte de los desprendibles de nómina de la empresa FLORES LUNA NUEVA, para los años 2016 y 2017 se aprecian constantes los pagos por incapacidad general, al igual que teniendo en cuenta las certificaciones médicas generadas por la Clínica San Vicente de Paul Nemocón,



Clínica Méderi, Clínica de Nuestra Señora de la Paz, Clínica Universidad de la Sabana, Hospital Universitario Clínica San Rafael, Fundación Hospital San Carlos, Nueva EPS, es evidente las distintas enfermedades padecidas.

Por último, mencionó que la NUEVA EPS emitió comunicación el 17 de octubre de 2018 dirigida a FLORES LUNA NUEVA S.A.S., en la que manifestó que su pérdida de capacidad era inferior al 50%, por lo que no era merecedor de una pensión de invalidez.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada SURAMERICANA – SERVICIOS DE SALUD IPS SURAMERICANA S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones, argumentando para lo pertinente que no existen fundamentos fácticos o jurídicos que justifiquen su procedencia, toda vez que en el caso del demandante se llevó a cabo un trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral en absoluta observancia y apego de las normas que regulan la materia, en particular al Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional, calificación por la que no puede entenderse en estado de invalidez para ser beneficiario de una pensión, en la medida que su pérdida de capacidad laboral no fue sobre el 50% o superior.

Que en lo que respecta a las incapacidades, se desconocen las que han sido pagadas al acto; sin embargo, adujo que a partir del día 180 corren a cargo del fondo de pensiones.

Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva de IPS – la expedición del dictamen por IPS SURAMERICANA se realizó en virtud de una relación contractual – esta IPS no tiene obligación alguna en este caso derivado del sistema de seguridad social, el dictamen No. 166567 no es el último ni definitivo en el caso del demandante, la expedición del dictamen por parte de IPS SURAMERICANA se realizó en virtud de una relación contractual, IPS SURAMERICANA no tiene obligación alguna en este caso derivada del sistema de seguridad social, el dictamen No. 166567 expedido por IPS SURAMERICANA no es el último ni definitivo en el caso del demandante, de la función de calificación en primera oportunidad asignada por la ley al ISS,



COLPENSIONES, ARL, EPS y las compañías de seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte – IPS SURAMERICANA expidió el dictamen de calificación por solicitud de PROTECCIÓN con ocasión de una relación meramente comercial y no derivada de las obligaciones del sistema de seguridad social, plena validez y eficacia del proceso de calificación llevado a cabo en el caso del demandante – el porcentaje otorgado, la fecha de estructuración y la calificación del evento como de origen común se realizaron con sujeción a las normas y el derecho al debido proceso de los interesados y el dictamen se encuentra en firme, ausencia de obligación en cabeza de IPS SURAMERICANA – IPS SURAMERICANA no tiene obligación alguna para con el señor JAVIER ERNESTO VELÁSQUEZ BARRIGA, buena fe y la genérica.

PROTECCIÓN S.A. mencionó que los dictámenes de pérdida de capacidad laboral proferidos al actor son válidos, serios y completos, como quiera que para su realización se tuvo en cuenta la totalidad de la historia clínica y diagnósticos, sin que exista falencia alguna, especialmente el proferido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ el 25 de julio de 2018, el cual determinó al actor pérdida de capacidad laboral del 44.55%.

Adicionalmente, refirió que las patologías alegadas por el actor fueron tenidas en cuenta para por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ para poner fin a la discusión.

Impetró las excepciones de validez del dictamen de pérdida de capacidad laboral, inexistencia de obligación de reconocimiento de la pensión de invalidez, inexistencia de intereses de mora y la innominada o genérica.

La JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ expuso que al actor no se le encontraron patologías o secuelas funcionales diferentes a las calificadas por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ que pudieran incluirse en la calificación, tampoco se encontró en la historia clínica del paciente soporte para aumentar la calificación de sus deficiencias calificadas.

También adujo que la decisión proferida como entidad se encuentra cabalmente soportada con los requisitos y lineamientos establecidos para la



determinación del porcentaje de pérdida de capacidad laboral a la luz del manual de calificación vigente.

Propuso las excepciones de legalidad de la calificación emitida por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, improcedencia del *petitum*: inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen – carga de la prueba a cargo del contradictor, la variación en la condición clínica del paciente con posterioridad al dictamen de la JUNTA NACIONAL exime de responsabilidad a la entidad, improcedencia de las pretensiones respecto de la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ: competencia del Juez laboral, buena fe y la genérica.

FLORES LUNA NUEVA S.A.S. argumentó en términos generales la aceptación del contrato de trabajo con el demandante, así como que ha cumplido con todos los pagos y remuneraciones que la ley exige como empleadora.

Instauró las excepciones de inexistencia de la obligación, pago, cobro de lo no debido, compensación y buena fe.

La NUEVA EPS mencionó que, desde la afiliación del demandante ante sus dependencias, esto es, desde el 2 de julio de 2020, se le ha garantizado el acceso a los servicios de salud requeridos, con la mayor eficiencia, oportunidad y calidad por medio de la red de prestadores de servicios adscritos.

Asimismo, relató que teniendo en cuenta el reporte de incapacidades emitido por el área de prestaciones económicas, se logró evidenciar que el afiliado presenta inicio de incapacidades ininterrumpidas el 12 de febrero de 2016 a razón de enfermedades de origen común, haciendo cargo del pago de los primeros 180 días de incapacidad, así como que en cumplimiento de un fallo de tutela, al actor se le ha efectuado a través de pago por ventanilla por concepto de incapacidades posteriores al día 541 desde el 28 de julio de 2017.

Formuló como medios exceptivos los denominados falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación en cabeza de la EPS, ausencia de soportes probatorios de las pretensiones y la genérica.



II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 28 de marzo de 2023 condenó a la NUEVA EPS al pago de 13 días de incapacidad médica que expidiera la ESE HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL NEMOCÓN por el periodo comprendido entre el 26 de marzo y el 24 de abril de 2018. Igualmente, absolvió a las demandadas de las demás pretensiones.

Para arribar a dicha conclusión, indicó el *a-quo* que de conformidad con el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, es considerada inválida aquella persona con una pérdida de capacidad laboral del 50% o superior, al igual que teniendo en cuenta el artículo 39 de la misma disposición normativa, reglamentado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, para accederse a la pensión de invalidez debe haberse reconocido la condición de invalidez y cotizado por lo menos 50 semanas dentro de los últimos 3 años anteriores a la fecha de estructuración. En mismo sentido, indicó que teniendo en cuenta lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la norma que debe aplicarse es la que se encuentre vigente al momento en que se configure el estado de invalidez.

Que el Decreto 2463 de 2001 establece el procedimiento a seguir en los casos en que se pretenda determinar la pérdida de la capacidad laboral, recopilado en el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral Ocupacional, es decir, el Decreto 1507 de 2014.

Por tal razón, expuso que teniendo en cuenta los dictámenes practicados al demandante señor JAVIER ERNESTO VELÁSQUEZ BARRIGA con radicaciones No. 166567 del 7 de abril de 2017 emitido por SURAMERICANA – SERVICIOS DE SALUD IPS SURAMERICANA S.A., 3103718 – 5677 del 13 de octubre de 2017 emitido por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, 3103718 – 11362 del 25 de octubre de 2018 emitido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, así como el decretado de oficio en el transcurrir del presente trámite, es decir, el 3103718 – 10379 del 12 de diciembre de 2022 también proferido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, en ninguno de ellos se superó la pérdida de



capacidad laboral del 50% por la norma a efectos de acceder a la pensión de invalidez anhelada en el escrito demandatorio.

Que en lo que atañe a las patologías del actor, adujo existir una contradicción entre los conceptos emitidos por la EPS y las entidades técnicas y profesionales que consagra la norma para llevar a cabo las calificaciones de experticia, lo que naturalmente no permite el distanciamiento de los referidos peritajes técnicos y científicos realizados en distintas fechas por las instituciones válidamente facultadas para llevar a cabo lo de su cargo; circunstancia por la cual, al no haberse demostrado durante el debate probatorio que su pérdida de capacidad laboral fue igual o superior al 50%, absolvió en lo que atañe al reconocimiento y pago de la prestación de invalidez por parte de la AFP PROTECCIÓN S.A., situación que a su vez conllevó a que no hubiese lugar a decretar la nulidad de los dictámenes reprochados.

De otra parte, respecto a la pretensión de condena a FLORES LUNA NUEVA S.A.S. al pago de las incapacidades desde enero de 2018, mencionó que en tratándose de incapacidades de origen común, de conformidad con lo previsto en el artículo 227 del C.S.T. y el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, nuevamente recopilado en el Decreto 1507 de 2014, el tiempo de duración en la incapacidad es un factor determinante para establecer la denominación en la remuneración percibida por el trabajador durante ese lapso (primeros 180 días el pago de un auxilio económico), (día 181 en adelante, se incurre al pago de un subsidio de incapacidad).

Que la distribución de pagos se encuentra claramente establecida en el artículo 1º del Decreto 2943 de 2013 (el día 1 y 2 es el empleador encargado de asumir su desembolso), (desde el día 3 hasta el 180 la responsabilidad se encuentra en cabeza de la EPS a la que se encuentre afiliado el trabajador) y, (desde el día 181 hasta el día 540 el pago de la incapacidad estará a cargo del fondo de pensiones); no obstante, adujo que existe una excepción a la regla que se concreta en el hecho de que el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la administradora de fondos de pensiones con anterioridad del día 150 y, si después de los 180 días la entidad promotora de salud no ha expedido el concepto de rehabilitación será responsable de un subsidio equivalente a la



incapacidad temporal con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea remitido dicho concepto.

Al unísono, expuso que frente al pago de las incapacidades que superan los 540 días, la Ley expidió la Ley 1753 de 2015, disponiendo en su artículo 67 que los recursos del sistema de seguridad social en salud estarán destinados entre otras cosas al reconocimiento y pago a las entidades promotoras de salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconozcan a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud, incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los 540 días continuos, aspecto que se acompasa con postura emanada por la Corte Constitucional.

Por ello, expuso que dentro del presente asunto se aprecia que el demandante ha tenido incapacidades continuas desde el 12 de febrero de 2016, razón por la cual para el año 2018 las incapacidades deprecadas superaban los 540 días, de allí que su pago se encontrara a cargo de la NUEVA EPS. Por ende, colegió que en el plenario se registran incapacidades desde el mes de enero de 2018, fecha de solicitud del demandante, hasta el 8 de marzo de 2019, calenda última en que se presentó la demanda, de las cuales se aprecia una falta de pago únicamente frente a las expedidas por la ESE HOSPITAL SAN VICENTE DE PAÚL NEMOCÓN comprendidas entre el 26 de marzo y el 24 de abril de 2018, de allí que fulminara condena sobre dicho interregno debidamente indexado.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la NUEVA EPS la apeló. Argumentó en su alzada no ser procedente el pago de las incapacidades determinadas en primera instancia, como quiera que milita en el plenario prueba sobre la cancelación de 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 en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la demandada EPS, el problema jurídico a dilucidar se circunscribirá única y exclusivamente a determinar si es procedente el reconocimiento y pago de las incapacidades decididas en primera instancia por el periodo comprendido entre el 26 de marzo y el 24 de abril de 2018.

c. Del análisis del caso en concreto:

Previo al análisis del asunto *sub-examine*, sea lo primero indicar que no fue objeto de discusión que al aquí demandante señor JAVIER ERNESTO VELÁSQUEZ BARRIGA le fueron proferidos los dictámenes No. 166567 del 7 de abril de 2017 emitido por SURAMERICANA – SERVICIOS DE SALUD IPS SURAMERICANA S.A. (según contrato celebrado con la AFP PROTECCIÓN S.A., administradora pensional del actor), 3103718 – 5677 del 13 de octubre de 2017 emitido por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, 3103718 – 11362 del 25 de octubre de 2018 emitido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, así como el decretado de oficio en el transcurrir del presente trámite, es decir, el 3103718 – 10379 del 12 de diciembre de 2022 también proferido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, los cuales determinaron que sus patologías fueron de origen común, lo que significa que el pago de las incapacidades reprochadas por la NUEVA serán analizadas bajo esta égida.

d. Del reconocimiento y pago de incapacidades de enfermedades de origen común:

Para resolver lo pertinente, es menester precisar que en tratándose de incapacidades derivadas de enfermedades de *origen común*, el ordenamiento jurídico dispone que el pago se debe hacer:

- i) Por el empleador durante los primeros 2 días (artículo 1° del Decreto 2943 de 2013);

ii) Por la entidad prestadora de salud (EPS) a la cual se encuentre afiliado el trabajador por los días siguientes hasta el día 180 de incapacidad (artículo 142 del Decreto-Ley 19 de 2012)¹;

iii) Por la administradora de fondos de pensiones (AFP) a la cual se encuentre afiliado el trabajador, a partir del día 181 de incapacidad ininterrumpida y durante 360 días más, es decir, hasta el día 540 si existe concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS, periodo durante el cual se deberá tramitar la calificación de invalidez, sin que el concepto desfavorable de rehabilitación emitido por la EPS implique la suspensión de los pagos, el pago se suspende únicamente por la reincorporación a la vida laboral o por la calificación de invalidez (sentencia T-008 de 2018) (artículo 142 del Decreto-Ley 19 de 2012)²;

vi) Para los pagos superiores a los 540 días, dice la Corte Constitucional “*ya sea porque no ha sido calificado su porcentaje de pérdida de capacidad laboral o porque su disminución ocupacional es inferior al 50%*”³ corren a cargo de las entidades promotoras de salud (EPS) en los términos del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, reglamentado por el Decreto 1333 de 2018 (artículo 206 de la Ley 100 de 1993 y artículo 142 del Decreto-Ley 19 de 2012).

¹ “Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por el término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.

Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto”.

² Cabe advertir que el concepto desfavorable de rehabilitación emitido por la EPS no implica la suspensión de los pagos, pues éstos deben mantenerse hasta cuando se obtenga la calificación de invalidez. Al respecto la Corte Constitucional ha establecido que “[a] partir del día 180 y hasta el día 540 de incapacidad, la prestación económica corresponde, por regla general, a las AFP, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable” (sentencia T-401 de 2017).

³ Corte Constitucional. Sentencia T-401 de 2017. M.P: Gloria Stella Ortiz Delgado.

Lo anterior, siempre y cuando se trate de incapacidades prorrogadas o ininterrumpidas, es decir, *“la que se expide con posterioridad a la inicial, por la misma enfermedad o lesión o por otra que tenga relación directa con ésta, así se trate de código diferente y siempre y cuando entre una y otra no haya una interrupción mayor a treinta (30) días calendario”* (ver Resolución 2266 de 1998 del ISS, artículo 2.2.3.2.3 del Decreto 1333 de 2018 y sentencias de la Corte Constitucional T-263 de 2012 y T-364 de 2016). En tal sentido, se aprecia dentro del plenario, más exactamente con la contestación de la demanda efectuada por la NUEVA EPS, la misma acreditó para la fecha de dicha contestación las siguientes incapacidades respecto del actor de origen común y en forma continua (Fls. 253 a 264 – PDF 02 PRUEBAS):

No. DE INCAPACIDAD	DESDE	HASTA	No. DE INCAPACIDADES
2713282	12/02/2016	16/02/2016	3
2713300	17/02/2016	8/03/2016	21
2713288	9/03/2016	7/04/2016	30
2770047	8/04/2016	13/04/2016	6
2770026	14/04/2016	13/05/2016	30
2870289	14/05/2016	31/05/2016	18
2910776	1/06/2016	8/06/2016	8
2910786	9/06/2016	8/07/2016	30
2990003	9/07/2016	5/08/2016	28
3056312	8/08/2016	6/09/2016	30
3068687	7/09/2016	12/09/2016	6
3099242	13/09/2016	12/10/2016	30
3291813	13/10/2016	11/11/2016	30
3291817	12/11/2016	11/12/2016	30
3291818	12/12/2016	10/01/2017	30
3345218	11/01/2017	9/02/2017	30
3370313	11/02/2017	12/03/2017	30
3518789	13/03/2017	10/04/2017	29
3508493	11/04/2017	10/05/2017	30
3576660	11/05/2017	9/06/2017	30
3655863	10/06/2017	9/07/2017	30
3655867	10/07/2017	27/07/2017	18
3718419	28/07/2017	26/08/2017	30
4046932	27/08/2017	25/09/2017	30
4046942	26/09/2017	25/10/2017	30
4047653	27/10/2017	25/11/2017	30
3981899	26/11/2017	25/12/2017	30
4047658	26/12/2017	24/01/2018	30
4148239	25/01/2018	23/02/2018	30
4133646	24/02/2018	25/03/2018	30
4268436	26/03/2018	24/04/2018	30
4268450	25/04/2018	24/05/2018	30
4496165	25/05/2018	13/06/2018	20
4496145	16/06/2018	15/07/2018	30
4454657	16/07/2018	14/08/2018	30
4545678	15/08/2018	24/08/2018	10
4545688	25/08/2018	22/09/2018	29
4611577	23/09/2018	24/09/2018	2
4714575	25/09/2018	25/09/2018	1
4611579	26/09/2018	26/09/2018	1
4614788	27/09/2018	30/09/2018	4
4636168	1/10/2018	30/10/2018	30
4701394	31/10/2018	31/10/2018	1
4701398	1/11/2018	30/11/2018	30
4775789	1/12/2018	30/12/2018	30
4840029	31/12/2018	29/01/2019	30
4910207	30/01/2019	28/02/2019	30
4990724	1/03/2019	4/03/2019	4
4990731	5/03/2019	3/04/2019	30
5063728	4/04/2019	9/04/2019	6
5084853	10/04/2019	9/05/2019	30
5154203	10/05/2019	14/05/2019	5
5163261	15/05/2019	28/05/2019	14
5207101	29/05/2019	30/05/2019	2
5207109	31/05/2019	5/06/2019	6
5223991	6/06/2019	7/06/2019	2
5237821	8/06/2019	9/06/2019	2
5232899	10/06/2019	11/06/2019	2
5345482	24/07/2019	14/08/2019	22
5397617	15/08/2019	30/08/2019	16
5466274	2/09/2019	17/09/2019	16
5499223	18/09/2019	2/10/2019	15
5545185	3/10/2019	25/10/2019	23
5605378	26/10/2019	9/11/2019	15
5671176	13/11/2019	12/12/2019	30
5723043	13/12/2019	7/01/2020	26
5795070	8/01/2020	8/02/2020	30
5875731	7/02/2020	5/03/2020	28
5954649	6/03/2020	2/04/2020	28
6009412	3/04/2020	30/04/2020	28
6048207	4/05/2020	2/06/2020	30
6195794	3/06/2020	30/06/2020	28
6100020	1/07/2020	15/07/2020	15
6220401	16/07/2020	11/08/2020	27
6200661	12/08/2020	10/09/2020	30
6266468	11/09/2020	9/10/2020	29
6364889	10/10/2020	8/11/2020	30
6393454	10/11/2020	24/11/2020	15
6435718	25/11/2020	9/12/2020	15
6473043	10/12/2020	27/12/2020	18
6506302	28/12/2020	15/01/2021	19
6547259	16/01/2021	30/01/2021	15
6586162	31/01/2021	26/02/2021	27
6673520	27/02/2021	13/03/2021	15
6689733	14/03/2021	27/03/2021	14
6722260	28/03/2021	5/04/2021	9
6730598	6/04/2021	5/05/2021	30
6821786	6/05/2021	20/05/2021	15
6887773	21/05/2021	4/06/2021	15
6914093	5/06/2021	3/07/2021	29
6983041	4/07/2021	24/07/2021	21
TOTAL DE INCAPACIDADES			1931



Así las cosas, palmario resulta que el demandante acreditó por el periodo comprendido entre el 12 de febrero de 2016 y el 24 de julio de 2021 un total de 1931 días continuos de incapacidad, por lo que, de conformidad con el precepto normativo expuesto en precedencia, el día 540 se cumplió el 12 de agosto de 2017, lo que significa que a partir del día 541 y en adelante la responsable del pago de las incapacidades era de la NUEVA EPS.

Ahora, como quedó plenamente consignado en primera instancia, el único periodo objeto de condena para pago de incapacidad fue el comprendido entre el 26 de marzo y el 24 de abril de 2018 que asciende a 30 días; circunstancia por la cual, confrontado el caudal probatorio que yace dentro del plenario, contrario a lo argumentado por la entidad promotora de salud en el recurso de alzada, no obra pago alguno de la incapacidad objeto de reproche cuyo número de radicación es el 4268432, pues bien NUEVA EPS emitió el certificado de incapacidades (Fls. 318 a 321 - PDF 03 CD FOLIO 24 CORRECCIÓN DEMANDA), a juicio de la Sala tal documento no advierte que la cancelación se hiciera directamente al trabajador, aspecto que al tenor de lo estatuido en el artículo 167 del C.G.P., era carga de la encartada demostrar lo de su cargo, aspectos todos por los que la decisión de primer grado habrá de conformarse.

COSTAS en esta instancia correrán a cargo de la demandada NUEVA EPS toda vez que su recurso de alzada no gozó con vocación de prosperidad.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

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



SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada y a favor de parte actora. Fíjense como valor de agencias en derecho la suma de \$300.000, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



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

Ordinario Laboral: 1100131050 04 2020 00319 01
Demandante: JUAN VICENTE GARCÍA MARTÍN
Demandado: LUIS ENRIQUE GARCÍA MARTÍN y COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 3 de mayo de 2023 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JUAN VICENTE GARCÍA MARTÍN promovió demanda ordinaria en contra del señor LUIS ENRIQUE GARCÍA MARTÍN y COLPENSIONES.

Lo anterior, a fin de declararse que con el señor LUIS ENRIQUE GARCÍA MARTÍN existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 20 de agosto de 1985 y el 23 de noviembre de 1990, empleador que omitió su deber legal de afiliarlo al sistema de seguridad social y, por consiguiente, efectuar los aportes pensionales desde el mentado 20 de agosto de 1985.

Que como consecuencia de lo anterior, también se declare que el señor LUIS ENRIQUE GARCÍA MARTÍN debe cancelar a COLPENSIONES el cálculo actuarial sobre los periodos dejados de cotizar por el periodo comprendido entre el 20 de agosto de 1985 y el 10 de julio de 1988.



Asimismo, se declare que COLPENSIONES tiene la obligación de corregir su historia laboral una vez efectuado el pago del cálculo actuarial por parte del señor ENRIQUE GARCÍA MARTÍN, declarándose a su vez que tiene acreditadas durante toda su vida laboral 1363 semanas, ello con la finalidad que COLPENSIONES le reconozca pensión de vejez a partir del 1º de noviembre de 2017 bajo la égida de la Ley 797 de 2003, calenda para la cual contaba con los requisitos pensionales.

En forma subsidiaria, se declare que le asiste derecho a que COLPENSIONES le reconozca pensión de vejez a partir del 1º de febrero de 2020.

Que, en virtud de las anteriores declaraciones, se condene al señor LUIS ENRIQUE GARCÍA MARTÍN a cancelar a COLPENSIONES el cálculo actuarial por los periodos dejados de cotizar producto de la relación laboral y la no afiliación al sistema, así como que COLPENSIONES proceda a expedir cálculo actuarial por los periodos dejados de cotizar por su empleado.

También que se condene a COLPENSIONES reconocer y pagar pensión de vejez a partir del 1º de noviembre de 2017, calenda última en que acreditó 1300 semanas cotizadas y más de 62 años de edad de conformidad con lo establecido en la Ley 797 de 2003 y, en forma subsidiaria, que la prestación se reconozca a partir del 1º de febrero de 2020.

Por último, se condene a COLPENSIONES reconocer y pagar el retroactivo pensional a partir del 1º de noviembre de 2017, teniendo en cuenta los incrementos legales y la mesada adicional de diciembre, pago de intereses moratorios en los términos del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indexación, costas procesales y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

En forma subsidiaria, pretende se declare que le asiste derecho a que el señor LUIS ENRIQUE GARCÍA MARTÍN reconozca a su favor retroactivo pensional a partir del 1º de noviembre de 2017, fecha en que acreditó el requisito pensional en los términos de la Ley 797 de 2003 o, subsidiariamente, que dicho retroactivo se reconozca a partir del 1º de febrero de 2020.



Por ende, se le condene al señor LUIS ENRIQUE GARCÍA MARTÍN a pagar el retroactivo desde el 1º de noviembre de 2017 y hasta el momento en que COLPENSIONES realice el pago efectivo de la prestación económica, o en su defecto se pague a partir del 1º de febrero de 2020, pago de intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indexación, costas procesales y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 22 de mayo de 1965, cumpliendo 62 años de edad el mismo día y mes de 2017, encontrándose afiliado en todo momento en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, entidad en la que inició sus cotizaciones a partir del 1º de marzo de 1970.

Que según se registra del correspondiente reporte de semanas, acredita 1211 semanas cotizadas por el periodo comprendido desde el 1º de marzo de 1970 hasta la actualidad, así como que tuvo un contrato laboral con el señor LUIS ENRIQUE GARCÍA MARTÍN donde desempeñó el cargo de Técnico y/o Mecánico Dental por el periodo comprendido entre el 20 de agosto de 1985 y el 23 de noviembre de 1990.

Expuso que, a pesar de lo anterior, el señor LUIS ENRIQUE GARCÍA MARTÍN en su calidad de empleador, tan solo vino a afiliarlo al sistema general de pensiones a partir del 11 de julio de 1988, realizando cotizaciones a su favor hasta el 23 de noviembre de 1990, pero omitiendo su deber legal de afiliarlo a partir del inicio de la relación laboral que lo fue el 20 de agosto de 1985, lo que implica que no se le efectuaron 152.71 semanas de cotizaciones.

Mencionó que el señor LUIS ENRIQUE GARCÍA MARTÍN se encontraba registrado en la Cámara de Comercio de Bogotá como persona natural bajo el número de matrícula 00184544 del 2 de febrero de 1983, pero con posterioridad, canceló la matrícula como persona natural, inscribiendo el 29 de julio de 2020 una nueva bajo el No. 05385212 del libro XV.



En últimas, adujo que solicitó ante COLPENSIONES corrección de su historia laboral, entidad que manifestó que no se registraban cotizaciones del empleador LUIS ENRIQUE GARCÍA MARTÍN por el periodo comprendido entre el 20 de agosto de 1985 y el 10 de julio de 1988, aunado a que con dicho tiempo puede ser beneficiario de una pensión de vejez en los términos de que trata la Ley 797 de 2003.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra. Para lo pertinente argumentó que hasta que no se pruebe en juicio la relación laboral del aquí demandante con el señor LUIS ENRIQUE GARCÍA MARTÍN y se haga el respectivo pago de las cotizaciones dejadas de cancelar, no hay lugar a declarar la densidad de semanas alegadas por el actor.

Formuló como medios exceptivos los denominados imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, buena fe, prescripción, falta de legitimación en la causa respecto a las pretensiones de declaración de contrato realidad, improcedencia de los intereses moratorios y la innominada o genérica.

El señor LUIS ENRIQUE GARCÍA MARTÍN fue representado por intermedio de curador, quien adujo oponerse a las pretensiones en el entendido de que no se ha probado el incumplimiento de las obligaciones por parte del demandado.

No formuló medio exceptivo alguno.

En este punto, pertinente resulta indicar que en el transcurrir de la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., la parte demandante arguyó desistir de las pretensiones principales invocadas, ello bajo el entendido que en el trámite del proceso COLPENSIONES reconoció pensión de vejez.

Por tal razón, el Juez *a-quo* dispuso que no se continuaría con las pretensiones endilgadas a COLPENSIONES, por lo que el proceso se adelantaría únicamente respecto del demandado señor LUIS ENRIQUE GARCÍA MARTÍN; circunstancia



por la cual, determinó como fijación del litigio si entre este en calidad de empleador y el demandante como trabajador existió un contrato laboral por el periodo comprendido entre el 20 de agosto de 1985 y el 23 de noviembre de 1990.

En segundo lugar, determinó si habría lugar a declarar si el demandado como empleador del actor omitió el deber legal de afiliarlo a la seguridad social, además de dejar de realizar aportes pensionales para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte desde la fecha en que inició la relación laboral, esto es, a partir del 20 de agosto de 1985, ello con la finalidad de auscultar si hay lugar de condenar al señor LUIS ENRIQUE GARCÍA MARTÍN a cancelar el retroactivo pensional a partir del 1º de noviembre de 2017, calenda en que el demandante acreditó los requisitos para obtener la pensión de vejez.

Subsidiariamente, si hay lugar a declarar si le asiste razón al actor a que su ex empleador proceda a reconocerle el retroactivo pensional a partir del 1º de febrero de 2020.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 3 de mayo de 2023, absolvió al señor LUIS ENRIQUE GARCÍA MARTÍN de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, indicó el operador de instancia que, en lo concerniente a la existencia de un contrato de trabajo, de conformidad con los artículos 23 y 24 del C.S.T., así como el artículo 53 de la Constitución Política que regula la primacía de la realidad sobre las formalidades, no existen medios de prueba en las que se acredite que entre las partes existió una relación laboral por el periodo comprendido entre el 20 de agosto de 1985 y el 10 de julio de 1988.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Argumentó en su alzada que debe aplicarse la presunción de la existencia de un contrato de



trabajo a favor del actor de conformidad con lo establecido en el artículo 24 del C.S.T., ello en la medida que dentro del plenario se encuentra plenamente probada la prestación personal del servicio, siendo carga probatoria del extremo demandado derruir el elemento subordinante.

Que adicionalmente el demandado no allegó ningún medio de convicción que derruya los elementos probatorios que dan cuenta la existencia de un verdadero contrato de trabajo sobre los extremos perseguidos, máxime si dentro del plenario obra certificación laboral del empleador quien afirma haber pagado los aportes a la seguridad social por el periodo comprendido entre 1985 y 1988, aspecto que inclusive conduce a que le asista el derecho a reclamar el retroactivo de la pensión de vejez causada entre el 1º de noviembre de 2017 y hasta la fecha en que fue incluido en nómina de pensionados.

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 que invalide lo actuado, en atención del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, la Sala deberá auscultar como problema jurídico principal si entre el señor JUAN VICENTE GARCÍA MARTÍN en su calidad de trabajador y el señor LUIS ENRIQUE GARCÍA MARTÍN como empleador, existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el entre el 20 de agosto de 1985 y el 10 de julio de 1988.

De resultar con vocación de prosperidad lo anterior, deberá determinarse si el empleador señor LUIS ENRIQUE GARCÍA MARTÍN omitió efectuar a favor del demandante en su calidad de trabajador, los aportes pensionales por el referido periodo comprendido entre el 20 de agosto de 1985 y el 10 de julio de



1988, para así dilucidar así hay cabida a condenar al demandado al pago del retroactivo a favor del actor de la pensión de vejez a partir del 1º de noviembre de 2017.

Asimismo, y de manera subsidiaria, determinar si es procedente el pago del retroactivo pensional a partir del 1º de febrero de 2020.

c. Del análisis del caso en concreto:

Previo al análisis del asunto *sub examine*, sea lo primero indicar que en el transcurrir del presente trámite procesal, se acreditó con la Resolución SUB187655 del 15 de julio de 2022, que COLPENSIONES reconoció al aquí demandante señor JUAN VICENTE GARCÍA MARTÍN pensión de vejez en los términos de la Ley 797 de 2003, prestación que se otorgó a partir del 1º de marzo de 2022 en cuantía inicial de \$1.000.000 (PDF 30 – PRUEBA SOBREVINIENTE).

d. De la existencia del contrato de trabajo:

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

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

Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso le incumbe acreditar la prestación personal del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le



corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, según sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, SL2240-2022, Radicación No. 88672 del 28 de junio de 2022, SL1891-2023, Radicación No. 96505 del 8 de agosto de 2023, SL1855-2023, Radicación No. 92817 del 9 de agosto de 2023, entre otras.

Ahora bien, es preciso indicar que fueron decretados y debidamente practicados a favor de la parte demandante los testimonios de la señora ELIZABETH SOTO DE GARCÍA, NAPOLEÓN SOTO SALCEDO y ÁLVARO SOTO SALCEDO, quienes indicaron ser la cónyuge y los cuñados del actor respectivamente.

Dichos testimonios si bien fueron concordantes en indicar que el demandante JUAN VICENTE GARCÍA MARTÍN y el demandado LUIS ENRIQUE GARCÍA MARTÍN son hermanos, así como que el primero fue trabajador del segundo por el periodo comprendido entre el año de 1985 y 1990, donde el actor desempeñó el cargo de mecánico dental, recibiendo en todo momento órdenes directas del señor LUIS ENRIQUE, también indicaron no tener conocimiento preciso acerca del horario laboral del actor, como tampoco el salario devengado, ni las formas en que se desarrollaban las presuntas actividades laborales, ello en razón a que no fueron testigos directos del contrato de trabajo aquí perseguido, pues manifestaron no ser compañeros de trabajo del demandante ni del entorno del mismo, aunado al hecho que para las temporalidades enunciadas vivían todos en la misma vivienda ubicada en el barrio Serafina de la Ciudad de Bogotá.

Tal aspecto también conduce a que se pueda colegir que las testimoniales son testigos de oídas, en la medida que no tuvieron conocimiento directo en cuanto a las circunstancias de tiempo y modalidad en que se llevó a cabo la relación deprecada.

Tampoco puede perderse de vista la declaración ambigua de la señora ELIZABETH SOTO DE GARCÍA, cónyuge del demandante, toda vez que manifestó no tener conocimiento del salario devengado por el actor para la época, tópico que resulta ilógico ya que tienen un vínculo como pareja desde



la época de los años 1970; pero sí adujo la testigo tener pleno conocimiento sobre los mismos extremos que se predicen en el escrito demandatorio, misma situación que ocurre con los cuñados del actor, esto es, los señores NAPOLEÓN SOTO SALCEDO y ÁLVARO SOTO SALCEDO, de allí que no se les estime de suficiente credibilidad para la configuración del contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 20 de agosto de 1985 y el 10 de julio de 1988.

Ahora bien, la parte demandante alega en el recurso de alzada existir una certificación laboral emitida por el demandado señor LUIS ENRIQUE GARCÍA MARTÍN que según su juicio evidencia los extremos temporales del contrato de trabajo y la configuración del mismo. Pues bien, confrontado la documental fechada el 7 de julio de 2017, la misma contiene lo siguiente (Fl. 46 – PDF 01 DEMANDA Y ANEXOS ACTA REPARTO):

“SEÑORES COLPENSIONES

CERTIFICO

Yo LUIS ENRIQUE GARCIA MARTIN identificado con cédula de ciudadanía No. 73.089.963 de Cartagena y número patronal 01008220457. Hago constancia que pagué los periodos de salud y pensión del señor JUAN VICENTE GARCIA MARTIN identificado con cédula de ciudadanía No. 19.345.416 de Bogotá comprendidos en el año 1985 al 1988.

AGRADEZCO LA ATENCIÓN PRESTADA Y SU COLABORACIÓN”

Como se aprecia de la literalidad del documento, a pesar de que el mismo no fue tachado en cuanto a que proviniera del demandado, de su lectura literaria no se aprecia la aceptación de un contrato de trabajo, sino una cancelación de aportes al sistema de seguridad social en salud y pensión que nada deviene de la configuración de un vínculo contractual como lo pretende hacer ver el extremo demandante en su alzada.

Y si en gracia de discusión se aceptase el documento como una certificación laboral, no puede perderse de vista que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL523-2019, Radicación No. 65837 del 23 de octubre de 2021, rememoró la postura que ha venido manteniendo en decisiones anteriores con ocasión al análisis de las certificaciones laborales, puntualizando lo siguiente:



“En relación a la valoración de esta clase de documentos, la Corte se pronunció en sentencia CSJ SL 8 mar. 1996, rad. 8360, reiterada en las sentencias CSJ SL, 23 sep. 2009 rad. 36748; CSJ SL, 24 ago. 2010 rad. 34393; CSJ SL, 30 abr. 2013 rad. 38666; CSJ SL17514-2017, SL2023-2018 y SL4794-2018, en la primera de las citadas la Sala puntualizó:

*“(…) El demandante en el interrogatorio de parte admitió que solicitó para diligencias particulares de él las constancias que le expidiera el demandado sobre tiempo de servicios y salario, pero no dijo que su contenido fuera inexacto o contrario a la realidad que de ellas emerge. El juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, ya sea, como en este caso, sobre el tiempo de servicios y el salario, o sobre otro tema, pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial o que el juez cohoneste este tipo de conductas eventualmente fraudulentas. **Por esa razón, la carga de probar en contra de lo que certifique el propio empleador corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no deje sombra de duda, de manera que, para destruir el hecho admitido documentalmente, el juez debiera acentuar el rigor de su juicio valorativo de la prueba en contrario y no atenerse a la referencia genérica que haga cualquier testigo sobre constancias falsas de tiempo de servicios y salario o sobre cualquier otro tema de la relación laboral...**”.*

Es por ello que, según lo enunciado, en atención de la libre apreciación probatoria con que cuenta el Juez Laboral al tenor de lo estatuido en el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., con los demás medios de convicción el documento emitido por el demandado no puede ser tenido en cuenta para la acreditación de lo que estima el accionante, pues de una parte, se recalca que no se acepta la configuración de un contrato de trabajo con el demandante y, de otra, lo que se alude allí es un presunto pago de aportes al sistema de seguridad social en salud y pensión, que puede entenderse como un tercero ajeno a un verdadero empleador.

Así las cosas, la Sala puede colegir que en el asunto de marras y en virtud del análisis probatorio enunciado, el demandante no logró demostrar el elemento atinente a la prestación personal del servicio respecto del demandando señor LUIS ENRIQUE GARCÍA MARTÍN por el periodo comprendido entre el 20 de agosto de 1985 y el 10 de julio de 1988 para la presunción de un verdadero contrato de trabajo teniendo en cuenta lo hasta aquí expuesto, lo que conlleva a que se absuelva sobre las súplicas de la demanda.



COSTAS en esta instancia correrán a cargo del demandante toda vez que su recurso de alzada no gozó con vocación de prosperidad.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

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

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor la UGPP. Fíjense como valor de agencias en derecho la suma de \$300.000, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS PAREDES GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



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

Ordinario Laboral 1100131050 **08 2020 00392 01**
Demandante: FRANCISCO PRIETO BAQUERO
Demandados: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

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 26 de septiembre de 2023 por el Juzgado Octavo 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 FRANCISCO PRIETO BAQUERO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., con el fin que se declare la nulidad de la afiliación que realizó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A., y se ordene su traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, igualmente se declare que se encuentra válidamente afiliado en dicho régimen y que acredita los requisitos para acceder a la pensión de vejez dispuesta en la Ley 100 de 1993.



Como consecuencia de tales declaraciones, solicita se condene a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación a ese fondo, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora y los rendimientos causados. Igualmente, se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar a su favor la pensión de vejez de acuerdo con lo normado en la Ley 100 de 1993, con el retroactivo correspondiente y mesadas adicionales a partir de la fecha en que se hizo exigible la prestación, además se condene al pago de intereses moratorios y la indexación, más lo que resulte probado en uso de las facultades *extra* y *ultra petita*.

Como pretensiones subsidiarias de primer nivel solicita se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez conforme lo normado en el Acuerdo 049 de 1990 aplicando una tasa de reemplazo del 90%, en consecuencia, se condene a COLPENSIONES a pagar la pensión de vejez, junto con el retroactivo correspondiente, las mesadas adicionales a partir de la fecha en que se hizo exigible la prestación, más los intereses moratorios, la indexación, asimismo, lo que resulte probado en uso de las facultades *extra* y *ultra petita*.

Como pretensiones subsidiarias de segundo nivel solicita se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez según lo previsto en la Ley 33 de 1985, y consecuencialmente, se condene a COLPENSIONES a pagar la pensión de vejez, junto con el retroactivo correspondiente, las mesadas adicionales a partir de la fecha en que se hizo exigible la pensión, además de los intereses moratorios, la indexación, 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 12 de enero de 1954 y es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que laboró para la RAMA JUDICIAL la cual efectuó aportes a su favor a CAJANAL por un tiempo equivalente a 505 semanas y que posteriormente se vinculó para con la Alcaldía de Funza del Departamento de Cundinamarca a partir del 4 de octubre de 1996, alcanzando 1260 semanas



hasta noviembre de 2020, de manera que, cuenta con un total de 1765 semanas, por ende, es su intención el estar vinculado a COLPENSIONES.

No obstante, fue inscrito a un fondo privado de pensiones sin que nunca se le hubiese explicado sobre el particular o que haya consentido tal afiliación, dado que desconoce los pormenores y demás particularidades relacionados con su situación prestacional; por lo que tal inscripción al fondo no debe ser tomada en cuenta; además sostuvo que ha solicitado a las demandas su traslado a COLPENSIONES, y según le informó el fondo privado su mesada no se acompañaría con su salario, lo que demuestra que fue asaltado en su buena fe, si se tiene en cuenta precisamente que no fue informado y mucho menos enterado no solo de su inscripción a la AFP, sino de los pormenores de dicha situación la cual va en detrimento de sus intereses. De otro lado, sostuvo que cumple el requisito de edad para acceder a la pensión de vejez, la cual le debe ser reconocida con la norma que le resulte más favorable. (f. 1 a 29 archivo 02).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones elevadas en su contra, argumentado que el traslado que realizó el actor al régimen de ahorro individual se presume efectuado en ejercicio de su derecho de libre escogencia de régimen pensional consagrado en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993, siendo plenamente válido al llevarse a cabo conforme a las exigencias legales y normativas vigentes a dicha data, es decir, a lo establecido en el Decreto 663 de 1993, el Decreto 656 de 1994 y artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, razón por cual la afirmación de vicio del consentimiento, la falta de información necesaria o la ineficacia acaecida en el trámite del traslado alegado, debe probarse en el trámite procesal y solo hasta que sea declarado por el Juez de la causa le asistiría a esa entidad la obligación de recibir y activar la afiliación de la gestora sin solución de continuidad.

Formuló como excepción previa la de falta de competencia por no agotamiento de reclamación administrativa, la cual se declaró no probada en audiencia de 3 de agosto de 2023. Igualmente, propuso las excepciones de mérito de prescripción y caducidad, la declaratoria de otras excepciones, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y no



configuración del derecho al pago de intereses moratorios. (f. 1 a 19 archivo 06).

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

En su defensa formuló las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa, e inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe. (f. 3 a 25 archivo 10).

En audiencia llevada a cabo el 8 de marzo de 2023 el Juzgado de primer grado, ordenó integrar al contradictorio a PORVENIR S.A., igualmente, integró a COLFONDOS S.A. por petición de la activa.

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones formuladas en el escrito genitor, argumentando que no existe una causal legal para que se declare la ineficacia o nulidad del traslado, teniendo en cuenta que en la afiliación realizada a ese fondo no existió vicio en el consentimiento ni causal de ineficacia.

Propuso las excepciones de buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aceptación tácita de las



condiciones del RAIS y enriquecimiento sin causa derivado de la omisión de la figura de restituciones mutuas. (f. 3 a 25 archivo 23).

COLFONDOS S.A. en su contestación se opuso a las pretensiones del libelo demandatorio. Al respecto, sostuvo que no está legitimada en la causa por pasiva ya que el promotor nunca ha estado afiliado a ese fondo.

Como excepciones propuso las de prescripción, compensación, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación y la innominada o genérica. (f. 3 a 11 archivo 29)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 26 de septiembre de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen pensional del señor FRANCISCO PRIETO BAQUERO realizado de régimen de prima media al RAIS acaecido el día 19 de octubre de 1994 mediante su afiliación a PORVENIR, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES admitir el traslado de régimen pensional del señor FRANCISCO PRIETO BAQUERO.

TERCERO: CONDENAR a las demandadas PORVENIR y PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación del señor FRANCISCO PRIETO BAQUERO, tales como cotizaciones, bonos, pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos frutos e intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, esto junto con los rendimientos que se hubieren causado.

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

QUINTO: CONDENAR a COLPENSIONES que una vez se materialice el traslado de régimen aquí ordenado en virtud de la ineficacia del traslado referida en precedencia, proceda de forma inmediata estudiar, reconocer y pagar la pensión de vejez en favor del demandante, aplicándola a disposición normativa que corresponda y la que le sea más favorable de las que le sean aplicables, conforme en la parte motiva de esta providencia.



SEXTO: ABSOLVER a COLFONDOS de todas las pretensiones incoadas en su contra de conformidad con lo expuesto.

SEPTIMO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas por la parte demandante.

OCTAVO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandadas PORVENIR y PROTECCIÓN y a favor del actor. Liquidarse por Secretaría, fijando agencias en derecho en la suma de \$1.160.000, a cada una de ellas, de igual forma, se condena en costas al demandante en favor de COLFONDOS líquídense por secretaría, fijando como agencias en derecho la suma de \$1.160.000.

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

Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia estimó que, en los términos del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados pueden escoger el régimen al cual quieren pertenecer, con la posibilidad de modificar dicha selección en las oportunidades que establece esa norma, en esa medida, precisó que si bien a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 el actor contaba con más de 40 años de edad y estaba vinculado a CAJANAL, le era dable analizar la procedencia de la ineficacia del traslado, dado que no contaba con 15 años de servicios a la entrada en vigencia de esa la norma, para poder retornar al régimen de prima media conforme lo indicado en la sentencia C-789 de 2002.

De otra parte, sostuvo que es obligación de las AFP suministrar a los afiliados la información completa y suficiente antes del traslado, dándole a conocer las condiciones y características de cada uno de sus regímenes, así como la incidencia del traslado. Bajo dicho entendimiento la información como elemento de convalidación de la afiliación, es respecto al caso puntal de cada uno de los afiliados y no se puede consentir que las AFP incumplan con su deber de información o buen consejo, indistintamente de si cuenta o no con régimen de transición.

Además, precisó que la carga probatoria del deber de información recae sobre la AFP, la cual en el presente caso no acreditó que se haya suministrado la correspondiente información y las consecuencias del traslado, ni tampoco se



obtuvo confesión alguna del gestor en el interrogatorio de parte, aunado a que con la suscripción del formulario no es prueba del suministro de dicha información, agregando que PORVENIR no probó el cumplimiento de tal deber el 19 de octubre de 1994 y mucho menos PROTECCIÓN, lo que conlleva a la ineficacia del traslado.

A su vez, precisó que no tenía incidencia alguna que para la data del traslado del actor se encontrara realizando aportes a CAJANAL ya que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se entiende que siendo afiliado a esa Caja continuó en el régimen de prima media con prestación definida, conforme lo expuesto en el artículo 151 de dicha norma y lo reseñado en el artículo 41 del Decreto 2196 de 2009, que regula el traslado de los afiliados de dicha Caja al régimen de prima media que administraba el ISS hoy COLPENSIONES, la cual es la única administradora de ese régimen en la actualidad. Adicionalmente, absolvió a COLFONDOS de las pretensiones de la demanda, ya que el demandante nunca estuvo afiliado a ese fondo. Argumentos por los cuales, declaró la ineficacia del traslado que realizó el demandante a PORVENIR, y ordenó la devolución de los emolumentos causados en virtud de dicho acto jurídico a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.

Frente a la pensión de vejez adujo que no era posible establecer la fecha de disfrute y el monto de la pensión en tanto el gestor no ha acreditado el retiro efectivo del sistema general de pensiones, por lo que no era procedente reconocer la pensión solicita, máxime que es apenas con esta sentencia que se está declarando la ineficacia del traslado, por lo que ordenó a COLPENSIONES que una vez se materialice el traslado de régimen, proceda de manera inmediata a estudiar lo que corresponda sobre el reconocimiento y pago de la pensión de vejez en favor del demandante, aplicando la disposición normativa que le sea más favorable. Finalmente, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandas, y condenó en costas a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN a favor de la parte demandante, y a favor de COLFONDOS con cargo a la parte demandante.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:



Inconforme con la decisión la demandada PORVENIR S.A. la apeló. Manifiesta su inconformidad frente a la indexación ordenada, toda vez que ha trasladado todos los aportes del demandante al fondo de su escogencia y además de ello no es viable tal condena por el traslado de los aportes conforme lo indicado por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali en sentencia 147 de 9 de junio de 2023. Además, las sumas correspondientes a los gastos administración no han perdido poder adquisitivo, contrario a ello, incrementaron ostensiblemente el saldo de la cuenta de ahorro individual del actor y la orden de devolver los mismo de manera indexada genera un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES, más que la parte actora.

COLPENSIONES en la alzada sostuvo que no se reúnen los requisitos legales y jurisprudenciales de unificación que ha trazado la Corte Constitucional en sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013, que le permiten al actor regresar al RPMPD en cualquier tiempo, eso en concordancia con el Decreto 3800 del 2003, el cual limitó los traslados por razones financieras desde el momento en que el afiliado le faltara en 10 años o menos para cumplir la edad de pensión, salvo para quienes al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 contarán con 15 años de cotizaciones o 40 años en el caso de los hombres, acotando que en el presente caso, el gestor no reúne ninguno de los dos requisitos antes referenciados.

De ahí, que la Juez de instancia dio una aplicación inadecuada a las normas jurisprudenciales antes señaladas y valoró indebidamente las pruebas, ya que no se logró demostrar que el consentimiento del demandante haya estado viciado por error, fuerza o dolo; o que la afiliación se llevó a cabo con engaño por parte de la AFP del RAIS, pues no se acreditó la falta al deber de información. Además, añadió que la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado vulnera sus derechos por cuanto es un tercero de buena fe, que no tuvo injerencia en los traslados que realizó el demandante, desconociendo así lo indicado sentencia SL2753 de 2021 sobre actos de relacionamiento, ya que el gestor demostró su vocación de permanencia en el RAIS, aunado a que la asesoría simultánea surgió a partir de 2016 y no para el año en el que ocurrieron los traslados que realizó la parte actora.



Agregó que la condena impuesta afecta el principio de sostenibilidad financiera de esa entidad, teniendo en cuenta que el demandante tiene requisitos para obtener el derecho pensional. Por tanto, solicita se revoque la sentencia de primera instancia.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó el demandante, en caso positivo, si proceden las demás pretensiones que eleva en el *petitum*.

c. Del caso en concreto:

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

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo



estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

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

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

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad*

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

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

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

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

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que



pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso si bien el gestor adujo que su traslado de régimen se dio a través de PROTECCIÓN S.A., lo cierto es, que en el expediente obra formulario de afiliación por medio del cual se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida del cual hacia parte CAJANAL al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. el 19 de octubre de 1994, del cual no existe reporte en el SIAFP pero tampoco se evidencia la anulación de tal afiliación. (f. 76 archivo 23). De la misma, forma yace en el informativo formulario de afiliación a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. el 12 de febrero de 1996 en el cual se indica que proviene de PORVENIR, formulario de afiliación a COLPATRIA fechado el 13 de marzo de 1998, formulario de afiliación a PORVENIR el 21 de mayo de 1999 y el posterior traslado a SANTANDER hoy PROTECCIÓN el 09 de mayo de 2002, vinculaciones que se hicieron efectivas el 12 de febrero de 1996, 1º de mayo de 1998, 1º de julio de 1999, 1º de julio de 2002, respectivamente, según el reporte SIAFP. (f. 41, 42 y 43 archivo 10 y f. 75, 76 y 77 archivo 23)

En esa medida, huelga mencionar que tales formularios si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acreditan que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia*



CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.

Por otra parte, el demandante FRANCISCO PRIETO BAQUERO en el interrogatorio de parte a él practicado, expuso frente a sus vinculaciones a PORVENIR en 1994 y COLMENA en 1996 que no tenía conocimiento de esas afiliaciones, solo con la demanda se enteró de ello, por lo que no recuerda haber recibido asesoría por parte de PORVENIR. Respecto a su afiliación a SANTANDER hoy PROTECCIÓN refirió que estando al servicio de la Alcaldía de Funza, fue citado a una reunión grupal por parte de Talento Humano con un asesor de ese fondo, en la que les dijo que debían trasladarse a esa administradora toda vez que el ISS sería liquidado, en el cual estimaba que estaba afiliado.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es evidente la carencia probatoria de parte de PORVENIR S.A. para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de	Contenido mínimo y alcance del deber de información
--------------------------	--	--



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

	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 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 1996, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP PORVENIR S.A., no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen 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 al declararse la ineficacia del traslado, respecto de COLPENSIONES, debe indicarse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló sobre el particular:

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Casación 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,



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 las apelantes, en tanto, al retornarse las contingencias referidas, evidente es que existe satisfecho un financiamiento como consecuencia de una posible prestación a la demandante y no se evidencia desventaja alguna frente al fondo privado.

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

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



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

“Por ello se procederá a Condenar a Old Mutual SA hoy Skandia, a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Paralelamente, se ordenará a Porvenir SA devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Postura que reitera lo expuesto previamente sobre el particular por esa Alta Corporación entre otras, en sentencia SL5047-2021, Radicación No. 83777 del 25 de octubre del 2021 en la que se había indicado lo siguiente:

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

De lo anterior, dimana con claridad que no erró la *a-quo* en la decisión de declarar la ineficacia del traslado. Sin embargo, estima la Sala necesario adicionar y modificar el numeral tercero de la sentencia de primer grado, en el sentido de precisar que las demandadas PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., además de los gastos de administración deben devolver a COLPENSIONES las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Igualmente, se aclara que las sumas que deben ser



indexadas corresponde a estos tres conceptos. En lo demás, habrá de confirmarse la sentencia de instancia sobre este puntual aspecto.

b. De la pensión de vejez:

Sobre dicha pretensión, encuentra la Sala que la Juez de instancia en la parte motiva de la sentencia explicó que no era procedente reconocer la pensión deprecada en tanto no se había acreditado el retiro definitivo del sistema general de pensiones por parte del promotor, entendiendo con ello este Juez Colegiado, que no analizó de fondo tal pedimento; sin embargo, en la parte resolutive condenó a la entidad a que una vez se materializara el traslado, COLPENSIONES debía *de forma inmediata estudiar, reconocer y pagar la pensión de vejez en favor del demandante, aplicándola a disposición normativa que corresponda y la que le sea más favorable de las que le sean aplicables*, decisión que no fue objeto de controversia por parte del actor.

En vista de lo anterior, y dado que el presente asunto se estudia en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES la Sala revocará el numeral quinto de la sentencia de primer grado, por dos motivos; inicialmente por cuanto según se avizora el demandante tiene como último empleador a la Alcaldía de Funza y que aún presta servicios a esa ente, como bien lo consideró la *a quo*; luego, ostenta la condición de empleado público según se constata a folio 35 del archivo 01 del expediente digital, lo que le impide a esta jurisdicción analizar tal pretensión por no ser competente, y segundo, porque la orden emitida es contraria a la motivación de la Juez para no ahondar en tal pretensión, lo implica que el promotor puede elevar la petición cuando a bien lo tenga un vez se efectivice el traslado.

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

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

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral tercero de la sentencia proferida el 26 de septiembre de 2023 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de precisar que las demandadas PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., además de todos los conceptos objeto de devolución y los gastos de administración, deben devolver a COLPENSIONES las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Igualmente, se aclara que las sumas que deben ser indexadas corresponden a estos tres conceptos, conforme lo explicado en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral quinto de la sentencia de instancia, por las razones indicadas en la parte considerativa.

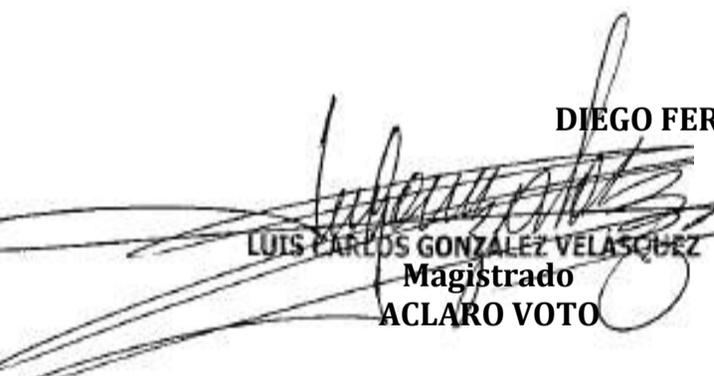
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



Diego Fernando Guerrero Osejo
Magistrado



Luis Parás González Velásquez
Magistrado
ACLARO VOTO



José William González Zuluaga
Magistrado



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

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

PROCESO ORDINARIO LABORAL No 08 2020 00392 01 DE FRANCISCO PRIETO BAQUERO contra COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 29 de febrero de los corrientes.

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

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

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

Ordinario Laboral 1100131050 **08 2022 00239 01**
Demandante: JOSÉ OSWALDO ESPINOSA CUERVO
Demandados: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada LIZETH DANIELA LOZANO ROJAS, identificada con cédula de ciudadanía 1.117.486.822 y T.P. 376.971 del Consejo Superior 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 12 de diciembre de 2023 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:



El señor JOSÉ OSWALDO ESPINOSA CUERVO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., con el fin que se declare la nulidad de la afiliación por medio de la cual se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., por vicios del consentimiento, y que se encuentra válidamente afiliado en el Régimen de Prima Media y acredita los requisitos para acceder a la pensión de vejez dispuesta en la Ley 100 de 1993.

Como consecuencia de tales declaraciones, solicita se ordene a PORVENIR S.A. devuelva a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación a ese fondo, como cotizaciones, mermas sufridas en el capital ahorrado, gastos de administración y seguros previsionales, a su vez se ordene a COLPENSIONES lo reciba y afilie en el régimen que administra y contabilice las semanas cotizadas al RAIS, y reconozca y pague a su favor la pensión de vejez. Finalmente, solicita se condene a PORVENIR S.A. al pago de perjuicios morales ocasionados, 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 19 de marzo de 1956 y que estuvo afiliado al ISS desde el 19 de septiembre de 1989 hasta el 22 de septiembre de 1996 en donde realizó cotizaciones a través de diferentes empleadores, alcanzado un total de 365.71 semanas. A su vez, narró que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 26 de marzo de 2003, ocasión en la cual el asesor de ese fondo le indicó que el ISS estaba en quiebra y que en esa administradora obtendría una mesada pensional superior a la que recibiría en el fondo público, que se podría pensionar de forma anticipada y que obtendría rendimientos, la atención sería mejor y que en caso de que no se pudiera pensionar obtendría la devolución de saldos.

Asimismo, refirió que el asesor del fondo privado no le comentó las desventajas del traslado de régimen, cómo se obtiene la prestación de vejez en ambos regímenes pensionales y no realizó una proyección de su mesada pensional, tampoco le informó sobre el derecho de retracto. Igualmente, señaló



que según proyección pensional su mesada en el RPMPD sería superior a la que obtendría en el RAIS, y que solicitó a las encartadas su retorno a COLPENSIONES, pedimento que fue negado. (archivo 05).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones elevadas en su contra, argumentado que el traslado que realizó el actor al régimen de ahorro individual se presume efectuado en ejercicio de su derecho de libre escogencia de régimen pensional consagrado en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993, siendo plenamente válido al llevarse a cabo conforme a las exigencias legales y normativas vigentes a dicha data, es decir, a lo establecido en el Decreto 663 de 1993, el Decreto 656 de 1994 y artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, razón por cual la afirmación de vicio del consentimiento, la falta de información necesaria o la ineficacia acaecida en el trámite del traslado alegado, debe probarse en el trámite procesal y solo hasta que sea declarado por el Juez de la causa le asistiría a esa entidad la obligación de recibir y activar la afiliación del gestor sin solución de continuidad.

Formuló en su defensa las excepciones de mérito de prescripción y caducidad, la declaratoria de otras excepciones, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir. (f. 1 a 19 archivo 06).

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones del *petitum*, argumentando que en el traslado de régimen del actor no existe vicio en el consentimiento ni causal de ineficacia, pues fue asesorado plena y oportunamente.

En su defensa formuló las excepciones que denominó buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aceptación tácita de las condiciones del RAIS, y enriquecimiento sin causa derivado de la omisión de la figura de restituciones mutuas. (archivo 11).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 12 de diciembre de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen del señor JOSE OSWALDO ESPINOSA CUERVO realizado de régimen de prima media al RAIS acaecido el día 26 de marzo de 2003, mediante su afiliación a HORIZONTE hoy PORVENIR por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES admitir el traslado de régimen pensional del señor JOSE OSWALDO ESPINOSA CUERVO, conforme a lo señalado.

TERCERO: CONDENAR a la demandada PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación del señor JOSE OSWALDO ESPINOSA CUERVO, tales como cotizaciones, bonos, pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, estos es, con todos los rendimientos que se hubieren causado.

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

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

SEXTO: ABSOLVER a PORVENIR de las demás pretensiones elevadas en su contra.

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

Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia estimó que, en los términos del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados pueden escoger el régimen al cual quieren pertenecer, con la posibilidad de modificar dicha selección en las oportunidades que establece esa norma, en esa medida, precisó que si bien a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 el actor no contaba con 15 años de servicios a la entrada en vigencia de esa la norma, para poder retornar al régimen de prima media conforme lo indicado en la sentencia C-789 de 2002.



De otra parte, sostuvo que es obligación de las AFP suministrar a los afiliados la información completa y suficiente antes del traslado, dándole a conocer las condiciones y características de cada uno de sus regímenes, así como la incidencia del traslado. Bajo dicho entendimiento la información como elemento de convalidación de la afiliación, es respecto al caso puntal de cada uno de los afiliados y no se puede consentir que las AFP incumplan con su deber de información o buen consejo, indistintamente de si cuenta o no con régimen de transición.

Además, precisó que la carga probatoria del deber de información recae sobre la AFP, la cual en el presente caso no acreditó que se haya suministrado la correspondiente información y las consecuencias del traslado, ni tampoco se obtuvo confesión alguna del gestor en el interrogatorio de parte, aunado a que con la suscripción del formulario no es prueba del suministro de dicha información, agregando que PORVENIR S.A. antes HORIZONTE no probó el cumplimiento de tal deber, lo que conlleva a la ineficacia del traslado, argumentos por los cuales, declaró la ineficacia del traslado que realizó el demandante a PORVENIR, y ordenó la devolución de los emolumentos causados en virtud de dicho acto jurídico a PORVENIR S.A.

Frente a los perjuicios solicitados, adujo que conforme la jurisprudencia del órgano de cierre, en casos como el presente los mismos se producen cuando la calidad del afiliado muta a pensionado, lo cual no es caso, denegando tal pedimento. Finalmente, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandas, y condenó en costas a PORVENIR S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la demandada PORVENIR S.A. la apeló. Al respecto, manifestó su inconformidad frente a la condena por indexación, conforme lo dispuesto por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali en sentencias No. 146 de 9 junio 2023 y No. 176 de 14 de julio en 2023. Adicionalmente, sostuvo que los gastos por administración no han perdido el poder adquisitivo, al contrario, han incrementado el saldo de la cuenta de ahorro individual de la parte actora, siendo evidente que ha cumplido con sus obligaciones. Frente a la condena en costas, adujo que está obligada a comparecer a la litis.



COLPENSIONES en la alzada, indicó que no es posible exigir la exhibición de pruebas inexistentes para la época de los hechos, pues si bien la normatividad vigente para el año 2003, imponía a los fondos el deber de brindar información clara, precisa, detallada y veraz, ese deber consistía precisamente en suministrar la información, más no en dejar constancia del suministro de la misma, dado que se brindaba de manera verbal y con la firma del formulario que otorgaba el afiliado se entendía el consentimiento informado, por ende, exigir un documento adicional le impone una carga desproporcionada.

Además, expuso que el gestor se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado consagrado en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y no es beneficiario del régimen de transición, por tanto, solicita se reconozca en esta instancia que el traslado del actor en 2003 a PORVENIR S.A., fue efectuado en ejercicio al derecho a la libre escogencia de régimen pensional consagrado en la Ley 100 de 1993, y con respeto a la autonomía de la voluntad, de manera libre y voluntaria y sin ningún tipo de coacción. En esa medida, solicita se revoque la sentencia de instancia y no se impongan costas a su cargo dada su buena fe y que en el presente proceso funge como una tercera invitada a un pleito, sin que nada tuviese que ver con el traslado de régimen.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:



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

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

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

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

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

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



particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso obra el formulario de afiliación por medio del cual el gestor se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 26 de marzo de 2003, vinculación que según comunicación remitida por ese fondo al actor el 4



de enero de 2022 y según consulta al SIAFP, se hizo efectiva se hizo efectiva el 1º de mayo de 2003. (f. 84 a 86 y 90 archivo 11).

En esa medida, huelga mencionar que tal formulario si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, el demandante JOSÉ OSWALDO ESPINOSA CUERVO en el interrogatorio de parte a él practicado, expuso estuvo afiliado desde 1989 a CAJANAL y que ante la posible quiebra de los fondos públicos, por un volante que recibió cuando caminaba por la calle, se dirigió a HORIZONTE en el año 2000 en donde lo atendió un asesor, que él mismo diligenció el formulario el cual suscribió de forma voluntaria; a su vez, indicó que conoce que en COLPENSIONES debe tener 62 años y 1300 semanas para acceder a la pensión de vejez, que cuando estuvo en HORIZONTE no le pidieron ningún documento y COLPENSIONES no le impuso ninguna traba para llevar a cabo el traslado; más adelante sostuvo que el asesor del fondo privado lo visitó en su domicilio y solo le indicó de forma general los beneficios de ese fondo y la inminente quiebra de los fondos públicos como CAJANAL y el ISS, por lo que no tenía otra opción para salvar sus aportes.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. al momento del traslado del demandante, según lo adocinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de

la prueba que le asiste, lo cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 2003, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP HORIZONTE hoy 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 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, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado respecto de COLPENSIONES, debe indicarse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló sobre el particular:

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

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

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar



respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados».

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

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

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

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

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



jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

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

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

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

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

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la*



exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.

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

En lo atinente a la inconformidad que presentan las impugnantes respecto a la condena en costas, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, o la que se resuelva de forma desfavorable la apelación, luego, al haber sido evidente que esas accionadas se opusieron a las pretensiones de la demanda, presentaron excepciones y la apelación les fue resuelta desfavorablemente, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas en su contra. Al tema, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

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

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

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



“Por ello se procederá a Condenar a Old Mutual SA hoy Skandia, a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Paralelamente, se ordenará a Porvenir SA devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Postura que reitera lo expuesto previamente sobre el particular por esa Alta Corporación entre otras, en sentencia SL5047-2021, Radicación No. 83777 del 25 de octubre del 2021 en la que se había indicado lo siguiente:

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

De lo anterior, dimana con claridad que no erró la *a-quo* en la decisión de declarar la ineficacia del traslado. Sin embargo, estima la Sala necesario adicionar y modificar el numeral tercero de la sentencia de primer grado, en el sentido de precisar que la demandada PORVENIR S.A., además de los gastos de administración debe devolver a COLPENSIONES las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Igualmente, se aclara que las sumas que deben ser indexadas corresponde a estos tres conceptos. En lo demás, habrá de confirmarse la sentencia de instancia.

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.



V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral tercero de la sentencia proferida el 12 de diciembre de 2023 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de precisar que la demandada PORVENIR S.A., además de los gastos de administración debe devolver a COLPENSIONES las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Igualmente, se aclara que las sumas que deben ser indexadas corresponde a estos tres conceptos, conforme lo explicado en la parte motiva de esta sentencia.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

ACLARO VOTO

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

PROCESO ORDINARIO LABORAL No 08 2022 00239 01 DE JOSÉ OSWALDO ESPINOSA CUERVO contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 29 de febrero de los corrientes.

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

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

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

Ordinario Laboral 1100131050 **08 2022 00538 01**
Demandante: YOLIMA URRUTIA LEON
Demandados: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada LIZZETH DANIELA LOZANO ROJAS, identificada con cédula de ciudadanía 1.117.486.822 y T.P. 376.971 del Consejo Superior de la Judicatura, en los términos 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 7 de diciembre de 2023 por el Juzgado Octavo 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 YOLIMA URRUTIA LEON promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., con el fin que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A., por omisión del deber de información, además, se declare que continúa afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin solución de continuidad.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se ordene a PORVENIR S.A. que retorne a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación a ese fondo, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos y gastos de administración, a su vez se ordene a COLPENSIONES reciba tales emolumentos y se condene al pago de costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 7 de diciembre de 1965 y que estuvo afiliada y efectuó cotizaciones al ISS desde el 27 de octubre de 1987 hasta el 28 de febrero de 1999, alcanzado 552.14 semanas. A su vez, narró que se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. el 10 de febrero de 1999.

Añadió que en esa ocasión el asesor del fondo privado no le informó de las consecuencias de tal decisión, las ventajas, desventajas y beneficios de ambos regímenes pensionales, empero, si le indicó que el ISS sería liquidado por lo que sus cotizaciones y su pensión estaban en riesgo, además, le dijo que se podía pensionar de forma anticipada, que su mesada en ese fondo sería superior, pero no le informó sobre el derecho de retracto, la forma en que se obtiene la prestación de vejez en el RAIS y sus características, ni realizó una proyección pensional en ambos regímenes, en suma no le brindó información suficiente, cierta, oportuna y transparente para comprometer su voluntad en el acto jurídico de traslado.

En otro giro, refirió que según proyección su mesada en el RPMPD sería superior a la que obtendría en el RAIS, y que solicitó a COLPENSIONES su



traslado al régimen que administra, pedimento que fue denegado. (f. 1 a 11 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones elevadas en su contra, argumentado que el traslado que realizó la actor al Régimen de Ahorro Individual se presume efectuado en ejercicio de su derecho de libre escogencia de régimen pensional consagrado en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993, siendo plenamente válido al llevarse a cabo conforme a las exigencias legales y normativas vigentes a dicha data, es decir, a lo establecido en el Decreto 663 de 1993, el Decreto 656 de 1994 y artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, razón por cual la afirmación de vicio del consentimiento, la falta de información necesaria o la ineficacia acaecida en el trámite del traslado alegado, debe probarse en el trámite procesal y solo hasta que sea declarado por el Juez de la causa le asistiría a esa entidad la obligación de recibir y activar la afiliación de la gestora sin solución de continuidad.

Formuló en su defensa las excepciones de mérito de prescripción y caducidad, la declaratoria de otras excepciones, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir. (f. 2 a 9 archivo 09).

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones del *petitum*, argumentando que la actora se trasladó a ese fondo el 10 de febrero de 1999 una vez recibió información transparente y necesaria, lo que le permitió compararla con el conocimiento que tenía del Régimen de Prima Media con Prestación Definida por haber pertenecido a él, para así tomar la mejor decisión de acuerdo con sus intereses pensionales, de los cual da cuenta el formulario de afiliación, por ende, no existe prueba del vicio en el consentimiento alegado, además la gestora se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado.

En su defensa formuló las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la genérica. (f. 2 a 35 archivo 11).



II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

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

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen pensional de la señora YOLIMA URRUTIA LEON, realizado del régimen de prima media al RAIS acaecido el día 10 de febrero de 1999, mediante su afiliación a PORVENIR por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES admitir el traslado de régimen pensional de la señora YOLIMA URRUTIA LEON, conforme a lo señalado.

TERCERO: CONDENAR a la demandada PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación de la señora YOLIMA URRUTIA LEON, tales como cotizaciones, bonos, pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos frutos e intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, esto junto con los rendimientos que se hubieren causado.

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

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

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

Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia estimó que, en los términos del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados pueden escoger el régimen al cual quieren pertenecer, con la posibilidad de modificar dicha selección en las oportunidades que establece esa norma, en esa medida, precisó que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 la actora no contaba con 15 años de servicios a la entrada en vigencia de esa la norma, para poder retornar al régimen de prima media conforme lo indicado en la sentencia C-789 de 2002, por lo que abordaría el asunto desde el régimen de las ineficacias.



De otra parte, sostuvo que es obligación de las AFP suministrar a los afiliados la información completa y suficiente antes del traslado, dándole a conocer las condiciones y características de cada uno de sus regímenes, así como la incidencia del traslado. Bajo dicho entendimiento la información como elemento de convalidación de la afiliación, es respecto al caso puntal de cada uno de los afiliados y no se puede consentir que las AFP incumplan con su deber de información o buen consejo, indistintamente de si cuenta o no con régimen de transición.

Además, precisó que la carga probatoria del deber de información recae sobre la AFP, la cual en el presente caso no acreditó que se haya suministrado la correspondiente información y las consecuencias del traslado, ni tampoco se obtuvo confesión alguna de la gestora en el interrogatorio de parte, aunado a que con la suscripción del formulario no es prueba del suministro de dicha información, agregando que PORVENIR S.A. no probó el cumplimiento de tal deber, lo que conlleva a la ineficacia del traslado, argumentos por los cuales, declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante a PORVENIR, y ordenó la devolución de los emolumentos causados en virtud de dicho acto jurídico. Finalmente, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandas, y condenó en costas a PORVENIR S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la demandada PORVENIR S.A. la apeló. Al respecto, manifestó su inconformidad frente a la condena por indexación, aduciendo que a la demandante le asistía al deber de estar informada a fin de cerciorarse sobre los servicios que deseaba contratar, por ende, tenía la obligación de indagar sobre las características, condiciones generales y restricciones al querer trasladarse de régimen pensional con ese fondo, luego tenía la obligación de exigir las explicaciones verbales o escritas del caso, a efectos de que le posibilitaran la toma de decisiones informadas.

Sobre la indexación expuso que la misma es improcedente conforme se dijo en sentencias C-0161 de 13 de mayo de 2010 y SL9316 de 29 de junio de 2016, en la que se indica que la indexación es la simple actualización de la moneda para contrarrestar su devaluación en el curso del tiempo, de manera que no es posible ordenar la indexación, pues la misma se compensa con los



rendimientos generados, como lo han expuesto los Tribunales Superiores de Cali y Cundinamarca, los que dan lugar a doctrina probable o precedente horizontal.

COLPENSIONES en su alzada solicita se revoque la sentencia de instancia, dado que no se puede exigir pruebas inexistentes para la época de los hechos y que no estaban consagradas en la normativa vigente para 1999, pues si bien se imponía el deber a los fondos de pensiones de brindar información clara, precisa, detallada y veraz, la misma se brindaba de manera verbal y con la firma del consentimiento informado se entendía el consentimiento otorgado por el afiliado, lo que se prueba con el formulario de afiliación, luego, es una carga desproporcionada.

Además, sostuvo que la actora está inmersa en la prohibición legal de traslado consagrada en el artículo 2 de la Ley 797 del año 2003, que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, además no es beneficiaria del régimen de transición, por tanto, solicita se reconozca que el traslado de régimen de la actora se llevó a cabo en ejercicio del derecho de libre escogencia de régimen pensional y con respeto a la autonomía de la voluntad con la que contaba la afiliada. Asimismo, solicita no se le impongan costas en esta instancia, dado que ha actuado de buena fe y es un tercero que no participó el acto jurídico que se reclama como ineficaz.

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 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 obra el formulario de afiliación por medio del cual la gestora se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. el 10 de febrero de 1999, vinculación



que el reporte SIAFP se hizo efectiva el 1º de abril de 1999. (f. 74 y 78 archivo 11).

En esa medida, huelga mencionar que tal formulario si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, la demandante YOLIMA URRUTIA LEON en el interrogatorio de parte a ella practicado, expuso que fue citada a una reunión con asesores de PORVENIR S.A. para afiliarse al fondo de pensiones privado, en la que le dijeron que en esa administradora recibirían una pensión superior a la que obtendrían en el ISS, por lo que suscribió el formulario de afiliación de forma libre y voluntaria, desconociendo no obstante que existían dos regímenes diferentes; de otro lado, sostuvo que su motivación para trasladarse de régimen es por cuanto se siente engañada con la información que le dio el fondo.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de PORVENIR S.A. al momento del traslado de la demandante, según lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las*

Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 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, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

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

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

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

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

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que



deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado respecto de COLPENSIONES, debe indicarse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló sobre el particular:

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se

predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

En lo atinente a la inconformidad que presenta COLPENSIONES respecto a la condena en costas, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, o la que se resuelva de forma desfavorable la apelación, luego, al haber sido evidente que esa accionadas se opuso a las pretensiones de la demanda, presentó excepciones y la apelación le fue resuelta desfavorablemente, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas en su contra. Al tema, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

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

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

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

“Por ello se procederá a Condenar a Old Mutual SA hoy Skandia, a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados



con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Paralelamente, se ordenará a Porvenir SA devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Postura que reitera lo expuesto previamente sobre el particular por esa Alta Corporación entre otras, en sentencia SL5047-2021, Radicación No. 83777 del 25 de octubre del 2021 en la que se había indicado lo siguiente:

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

De lo anterior, dimana con claridad que no erró la *a-quo* en la decisión de declarar la ineficacia del traslado. Sin embargo, estima la Sala necesario adicionar y modificar el numeral tercero de la sentencia de primer grado, en el sentido de precisar que la demandada PORVENIR S.A., además de los gastos de administración debe devolver a COLPENSIONES las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Igualmente, se aclara que las sumas que deben ser indexadas corresponde a estos tres conceptos. En lo demás, habrá de confirmarse la sentencia de instancia.

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

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



RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral tercero de la sentencia proferida el 7 de diciembre de 2023 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de precisar que la demandada PORVENIR S.A., además de los gastos de administración debe devolver a COLPENSIONES las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Igualmente, se aclara que las sumas que deben ser indexadas corresponde a estos tres conceptos, conforme lo explicado en la parte motiva de esta sentencia.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

ACLARO VOTO

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



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

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

PROCESO ORDINARIO LABORAL No 08 2022 00538 01 DE YOLIMA URRUTIA LEON contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 29 de febrero de los corrientes.

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

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

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

Ordinario Laboral: 1100131050 09 2021 00544 01
Demandante: GLORIA ISABEL MUÑOZ GÓMEZ
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 20 de septiembre de 2022 por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, proceso cuyo despacho de origen lo es el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora GLORIA ISABEL MUÑOZ GÓMEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, a fin de declararse que le asiste derecho a la reliquidación de la pensión de vejez de conformidad con lo establecido en el Decreto 758 de 1990, tomando como tasa de reemplazo el 90% del IBL de los últimos 10 años de cotizaciones.

Por consiguiente, se condene a la encartada a reliquidar el valor de la pensión de vejez de conformidad con lo establecido en el Decreto 758 de 1990, tomando como tasa de reemplazo el 90% del IBL de los últimos 10 años



cotizados, al igual que pagar las diferencias entre la mesada pensional que se reliquide y/o ajuste, contando 3 años antes de la fecha en que se presentó la reclamación administrativa que lo fue el 17 de febrero de 2018 y mientras subsistan las causas que le dan origen a la prestación, debidamente indexado.

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

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 23 de marzo de 1953, así como que prestó sus servicios en el sector público al servicio del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA – DANE por el periodo comprendido entre el 16 de agosto de 1970 y el 30 de diciembre de 1975, interregno cotizado a CAJANAL.

Que se vinculó con el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA por el periodo comprendido entre 1º de marzo de 1978 y el 31 de agosto de 1982, al servicio de LA NACIÓN – MINISTERIO DE TRANSPORTE por el periodo comprendido entre el 30 de septiembre de 1983 y el 6 de mayo de 1985, interregnos cotizados a CAJANAL, así como que laboró al servicio de la SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO por el periodo comprendido entre el 26 de noviembre de 1986 y el 15 de septiembre de 1988.

Seguidamente, adujo que cotizó al entonces ISS hoy COLPENSIONES un total de 749.57 semanas comprendidas entre 1977 y el 2007, y que mediante Resolución No. 059703 del 9 de diciembre de 2008 el referido ISS le reconoció pensión de vejez de conformidad con lo establecido en la Ley 71 de 1988 por ser beneficiaria del régimen de transición preceptuado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, aplicando una tasa de reemplazo del 75%.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones impetradas en su contra, argumentando para lo pertinente que, a la demandante le fue reconocida pensión de vejez por cumplir con los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 7º de la Ley 71 de 1988, prestación a la cual se le aplicó una tasa de reemplazo del 75%, por lo que no es dable solicitar la aplicabilidad de una tasa de reemplazo del 90% de conformidad con lo estatuido en el Decreto 758 de 1990, toda vez que en virtud del principio de inescindibilidad de la norma, las mismas deben ser aplicadas en su integridades, es decir, que no pueden dividirse para resolverse con parte de unas y otras en forma simultánea.

Formuló como medios exceptivos los denominados falta de causa para pedir, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, compensación, buena fe, prescripción, imposibilidad de condena en costas y la genérica.

Pertinente resulta indicar que el presente asunto inicialmente se instauró ante los Juzgados Municipales de Pequeñas Causas Laborales, correspondiéndole por reparto al Juzgado Once Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá, quien luego de avocado el conocimiento y a razón de la excepción previa denominada falta de competencia por factor cuantía, ese juzgado en audiencia llevada a cabo el 27 de octubre de 2021 declaró probado el medio exceptivo, por lo que dispuso del proceso con destino a los Juzgados Laborales del Circuito de Bogotá.

Por tal razón, el proceso correspondió por Reparto al Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, quien avocó conocimiento de la acción manteniendo incólumes las actuaciones surtidas por el Juzgado Once Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá.

Posteriormente, en el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá se adelantó la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., disponiéndose a su vez a remisión del asunto con destino del Juzgado Segundo



Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, ello de conformidad con los parámetros establecidos en el Acuerdo CSJBTA22-15 del 15 de marzo de 2022.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

Fue por ello que el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá luego de avocado el conocimiento, profirió sentencia el 20 de septiembre de 2022, resolvió:

***“PRIMERO: DECLARAR** probadas las excepciones propuestas por la demandada denominadas falta de causa para pedir, inexistencia del derecho y de la obligación y cobro de lo no debido de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.*

***SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior, ABSOLVER a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte de la señora GLORIA ISABEL MUÑOZ GÓMEZ, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.*

***TERCERO: CONDENAR** en costas a la demandante. Por Secretaría, deberán incluirse de manera concentrada en el Juzgado de origen las agencias en derecho en \$250.000 en favor de la demandada.*

***CUARTO:** En caso de no haber sido apelada la decisión por la demandante, se remitirá el proceso en el grado jurisdiccional de **CONSULTA** para ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá.”*

Para arribar a dicha conclusión, indicó la operadora de instancia que no fue materia de discusión el estatus de pensionada de la aquí demandante como da cuenta la Resolución No. 59730 del 9 de diciembre de 2008 expedida por el extinto ISS, por medio de la cual le fue reconocido el derecho pensional bajo la égida del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo preceptuado en la Ley 71 de 1988 a partir del 23 de marzo de 2008 y en cuantía inicial de \$2.623.779, monto decidido después de haberse aplicado una tasa del reemplazo del 75%.

Que, en igual sentido, obra dentro del plenario la Resolución SUB 204522 del 27 de agosto de 2021, a través de la cual se le reliquidó la pensión a la actora



en aplicación de la misma disposición normativa, determinándose como mesada pensional a la anualidad 2018 la suma de \$3.958.748, aplicándosele también una tasa de reemplazo del 75%.

Seguidamente, refirió la *a-quo* que teniendo en cuenta la reliquidación de la prestación pretendida de conformidad con lo estatuido en el Acuerdo 049 de 1990 a razón de tiempos públicos y privados, ello con la finalidad de atender una tasa de reemplazo del 90%, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha trazado una línea jurisprudencial en la que ha indicado que la sumatoria de tiempos públicos y privados es posible su aplicabilidad únicamente para el reconocimiento de la pensión de vejez como tal, esto es, dicha acumulación de tiempos es para causar el derecho de la prestación, pero sin que su aplicación se extienda para la obtención de otros beneficios.

Por ello, siguió argumentando que si bien no se desconoce el precedente emanado por el órgano de cierre, lo pretendido por la demandante no se trata de la sumatoria de tiempos para el reconocimiento de la pensión, sino para el aprovechamiento de una interpretación que no acompasa con lo señalado en la norma que consagra el régimen de transición a fin de obtener una tasa de reemplazo superior, aspecto que constituiría un abuso del derecho ya que tal y como lo ha reseñado la Corte Constitucional, no se puede aprovechar de las normas en forma excesiva y desproporcionada que desvirtúa el objeto jurídico que se persigue como es el hecho del beneficio a una reliquidación pensional, aunado a que la regla de inescindibilidad comporta la imposibilidad de utilizar fraccionadamente las normas pensionales para acoplar la situación que mejor le convenga al extremo demandante que es lo pretendido por la actora en la medida que su única aspiración es aplicabilidad de la tasa de reemplazo del 90%, tópico que también se acompasa con la regla emanada por la Corte Suprema de Justicia.

Al unísono, sostuvo que no se vulnera el principio de favorabilidad, adicional al hecho que es la interpretación que recoge la norma del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 cuando señala que se respeta de la norma anterior el tiempo de



servicios o semanas cotizadas, sin que se le permita la comunidad de regímenes anteriores para escoger de cada uno lo más favorable y desechar lo que no favorezca.

Sopesó su argumento en el hecho que la actora contaba con la expectativa de pensionarse con las normas del Acuerdo 049 de 1990, porque a pesar de no contar con 1000 semanas cotizadas exclusivamente al ISS durante toda su vida laboral, sí contaba con 521 semanas dentro de los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de los 55 años de edad comprendidos entre 1988 y el 2008; sin embargo, de haberse aplicado esta prerrogativa pensional (Decreto 758 de 1990), tan solo se habría beneficiado de una tasa de reemplazo del 57%, de allí que el extinto ISS le reconociera la prestación más favorable que lo fue la Ley 71 de 1988, en la que se le imputó una tasa de reemplazo del 75%, aspectos todos por los que absolvió sobre las súplicas de la demanda.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Argumentó en su alzada que debe tenerse en cuenta lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2557-2020, en la que refirió la posibilidad de acumular los tiempos públicos cotizados a COLPENSIONES y a otras cajas de previsión en tratándose de asuntos en los que se discutan ajustes pensionales, sin que se debata en el sub examine acerca de la afectación del mínimo vital o una situaciones donde no se cumplan los requisitos con otros regímenes pensionales, siendo así merecedora del derecho a la luz del Decreto 758 de 1990 en atención del principio de favorabilidad.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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



b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar como problema jurídico principal, si le asiste derecho a la aquí demandante señora GLORIA ISABEL MUÑOZ GÓMEZ a reliquidar su pensión de vejez, aplicando para lo pertinente una tasa de reemplazo del 90% según los preceptos de que trata el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

De resultar avante lo anterior, se analizará la fecha en que debe reconocerse lo pretendido y demás situaciones de índole condenatoria.

c. Del análisis del caso en concreto:

Previo al análisis del caso en concreto, sea lo primero indicar que no fue objeto de reproche que el extinto ISS mediante Resolución No. 059703 del 9 de diciembre de 2008, reconoció a favor de la aquí demandante señora GLORIA ISABEL MUÑOZ GÓMEZ una pensión de jubilación por aportes de conformidad con lo establecido en la Ley 71 de 1988, prestación que se reconoció a partir del 23 de marzo de 2008, esto es, al cumplimiento de los 55 años de edad como lo dispone el artículo 7º de la disposición normativa en mención, en cuantía inicial de \$2.623.779, ello por ser beneficiaria del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (Fls. 21 a 24 - PDF 01 DEMANDA ANEXOS).

Tampoco el hecho que luego de solicitada una reliquidación pensional a COLPENSIONES, esta última a través de la Resolución SUB 204522 del 27 de agosto de 2021, reliquidó la prestación de jubilación por aportes, determinando que la misma para la anualidad 2018 ascendía a la suma de \$3.958.784 (Fls. 140 a 153 PDF 01 DEMANDA ANEXOS).



d. De la reliquidación pensional de la demandante teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 90% según los apremios del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad:

Como ya se adujo, la demandante solicita una reliquidación pensional de conformidad con lo establecido en el Decreto 758 de 1990, esto es, tomando una tasa de reemplazo del 90%, pues alude que, según postura emanada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es posible la reliquidación con sumatoria de tiempos públicos y privados.

Al respecto, pertinente resulta poner de presente que el órgano de cierre en sentencia SL1947-2020, Radicación No. 70918 del 1º de julio de 2020, morigeró el criterio para la sumatoria de tiempos públicos y privados en tratándose de la adquisición del derecho a la luz del Decreto 758 de 1990, advirtiendo la necesidad de preservar esas garantías por cuanto las pensiones reguladas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hacen parte del sistema de la seguridad social, de allí que el párrafo de dicho articulado deba entenderse para esta sumatoria, así se expuso:

“En virtud de ello, las pensiones del régimen de transición previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no pueden ser ajenas al anterior entendimiento, puesto que éstas pertenecen evidentemente al sistema de seguridad social integral y, como tal, pese a tener aplicación ultraactiva de leyes anteriores en algunos aspectos como tiempo, edad y monto, en lo demás siguen gobernadas por dicha ley, que, finalmente, es la fuente que les permite su surgimiento a la vida jurídica y a la que se debe remitir el juez para su interpretación.

En tal dirección, así debe entenderse el párrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que permite la sumatoria de tiempos públicos y privados, por cuanto es inusual que un párrafo no haga relación a la temática abordada por una norma, como en este caso serían las pensiones derivadas del régimen de transición, de modo tal que el cómputo previsto en este párrafo es predicable tanto para las prestaciones de Ley 100 de 1993 como las originadas por el beneficio de la transición de esta normatividad.



Es de resaltar que este cambio de criterio jurisprudencial de la Sala está acorde a mandatos superiores y a la defensa del derecho a la seguridad social en tanto garantía fundamental de los ciudadanos, así reconocida por diferentes instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo de San Salvador de 1988, que, además de estar ratificados por Colombia, hacen parte del denominado ius cogens.”

De otra parte, también la Corte reguló la posibilidad de que sumatoria de tiempos públicos y privados sea aplicable igualmente para reliquidaciones pensionales, siendo decisión relevante la SL2557-2020, Radicación No. 72425 del 8 de julio de 2020, por medio de la cual se adujo:

“Conforme lo anterior, conforme al Acuerdo 049 de 1990 es viable acumular los tiempos de servicios públicos que cotizó la actora a otras cajas de previsión del sector público a efectos del reconocimiento de la pensión de vejez contemplada en dicho reglamento.

De modo que tal criterio jurisprudencial también es aplicable al asunto en controversia, esto es, a la reliquidación de la pensión de vejez de la demandante.

Así las cosas, la recurrente tiene la razón en cuanto afirma que tiene derecho a la reliquidación reclamada porque el régimen pensional previsto en el Acuerdo 049 de 1990 es más favorable que aquel con el que la entidad de seguridad social accionada reconoció la pensión.

En el anterior contexto, el cargo prospera y se casará la sentencia impugnada.”

Superado el hecho de poder superar tiempos públicos y privados para la aplicabilidad pensional según los apremios del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Acuerdo 758 de la misma anualidad como así es permitido dentro de la jurisdicción ordinaria, se aprecia que la señora GLORIA ISABEL MUÑOZ GÓMEZ efectuó las siguientes cotizaciones tanto en el sector público como en el sector privado:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Bata de Inestabilidad Laboral

DESDE	HASTA	SEMANAS	EMPLEADORES NO COTIZADOS AL ISS
16/08/1970	30/12/1975	269,84	DANE
24/03/1977	5/01/1978	41,14	
1/03/1978	31/08/1982	231,66	DEP FUNCIÓN PÚBLICA
1/09/1982	3/03/1983	26,29	
30/09/1983	6/05/1985	86,66	MIN DE TRANORTE
26/11/1986	15/09/1988	92,8	SUPER NOTARIADO
8/03/1989	7/04/1992	161	
13/12/1994	31/12/1994	2,71	
1/01/1995	31/12/1995	51,43	
1/01/1996	31/12/1996	51,43	
1/01/1997	31/01/1998	55,71	
1/02/1998	31/01/1999	47,43	
1/02/1999	28/02/1999	4,29	
1/03/1999	31/03/2000	55,14	
1/04/2000	30/04/2000	4,29	
1/05/2000	28/02/2001	41,57	
1/03/2001	31/03/2001	0,57	
1/09/2002	30/09/2002	4,29	
1/10/2002	31/01/2003	16	
1/02/2003	31/12/2003	44	
1/01/2004	31/01/2004	4,29	
1/02/2004	29/02/2004	4	
1/04/2004	31/07/2004	16	
1/02/2005	31/01/2006	50,29	
1/02/2006	28/02/2006	4,29	
1/10/2006	31/10/2006	4,29	
1/11/2006	31/11/2006	4,29	
1/12/2006	31/12/2006	4,29	
1/01/2007	31/01/2007	4	
1/02/2007	28/02/2007	4,29	
1/03/2007	31/10/2007	33,71	
1/11/2007	31/12/2007	8,57	
TOTAL SEMANAS		1430,56	

Así las cosas, la actora cotizó un total de 1430.56 semanas en toda su vida laboral tanto al sector público como el privado, comprendidas entre el 16 de agosto de 1970 y el 31 de diciembre de 2007, reiterándose que es beneficiaria del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 como así quedó consignado por el extinto ISS mediante Resolución No. 059703 del 9 de diciembre de 2008 cuando le otorgó pensión de jubilación por aportes según las prerrogativas de la Ley 71 de 1988, toda vez que a la entrada en vigencia en vigencia del mismo, esto es, 1º de abril de 1994, contaba 41 años de edad y 909.39 semanas de cotización, cumpliendo así con ambos requisitos exigidos (35 años o más de edad si es mujer y/o 15 años o más de servicios).

El requisito pensional deprecado por la demandante se encuentra regulado en el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, el cual dispone:

“ARTÍCULO 12. REQUISITOS DE LA PENSION POR VEJEZ. Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:

a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,



b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.”

Es así como la demandante ostenta el requisito pensional de la norma en mención, ya que en tratándose de la edad de 55 años, esta fue adquirida el 23 de marzo de 2008, pues como da cuenta la copia de su cédula de ciudadanía, nació el mismo día y mes de 1953 (Fl. 11 – PDF 01 DEMANDA ANEXOS).

Frente al segundo requisito atinente a las semanas de cotización, la actora cotizó un total de 1430.56 durante toda su vida laboral, superando con creces las 1000 semanas contempladas en la norma, por lo que es evidente que le asiste derecho a percibir la pensión de vejez en los términos del Decreto 758 de 1990.

Ahora bien, lo pretendido por la actora es la reliquidación pensional por cuanto a la luz del Decreto 758 de 1990 le es más favorable la aplicabilidad de una tasa de reemplazo del 90% y no sobre el 75% a razón de la prestación que percibe actualmente bajo la égida de la Ley 71 de 1988.

Por tal razón, resulta pertinente traer a colación lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto 758 de 1990, que determina la forma de aplicar la tasa porcentual de la pensión de vejez:

“ARTÍCULO 20. INTEGRACION DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ POR RIESGO COMUN Y DE VEJEZ. Las pensiones de invalidez por riesgo común y por vejez, se integrarán así:

II. PENSION DE VEJEZ.

a) Con una cuantía básica igual al cuarenta y cinco por ciento (45%) del salario mensual de base y,

b) Con aumentos equivalentes al tres por ciento (3%) del mismo salario mensual de base por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el asegurado tuviere acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización. El valor total de la pensión no

podrá superar el 90% del salario mensual de base ni ser inferior al salario mínimo legal mensual ni superior a quince veces este mismo salario.

PARÁGRAFO 1o. El salario mensual de base se obtiene multiplicando por el factor 4.33, la centésima parte de la suma de los salarios semanales sobre los cuales cotizó el trabajador en las últimas cien (100) semanas.

El factor 4.33 resulta de dividir el número de semanas de un año por el número de meses.

PARÁGRAFO 2o. La integración de la pensión de vejez o de invalidez de que trata este artículo, se sujetará a la siguiente tabla:

NUMERO SEMANAS	% P.TOTAL	INV.	% INV.P. ABSOLUTA	% GRAN INV.	VEJEZ
500	45	51	57	57	45
550	48	54	60	60	48
600	51	57	63	63	51
650	54	60	66	66	54
700	57	63	69	69	57
750	60	66	72	72	60
800	63	69	75	75	63
850	66	72	78	78	66
900	69	75	81	81	69
950	72	78	84	84	72
1.000	75	81	87	87	75
1.050	78	84	90	90	78
1.100	81	87	90	90	81
1.150	84	90	90	90	84
1.200	87	90	90	90	87
1.250 o más	90	90	90	90	90

Número de semanas: Número de semanas cotizadas.

% Inv. P. Total: Porcentaje Invalidez Permanente Total.

% Inv. P. Absoluta: Porcentaje Invalidez Permanente Absoluta.

% Gran Inv.: Porcentaje Gran Invalidez.”



Ello, al acreditar la demandante un total de 1430.56, palmario resulta que hay lugar a la reliquidación pensional pretendida por la demandante sobre el 90%, ya que esta tasa porcentual se aplica cuando el afiliado acredite 1250 semanas o tiempo superior, lo que implica a su vez que la pensión que viene percibiendo a la luz de la Ley 71 de 1988 (pensión de jubilación por aportes), sea objeto de modificación a una bajo el apremio del Decreto 758 de 1990, con una tasa porcentual superior.

En igual sentido, en vista de que la reliquidación pensional se solicitó únicamente frente al porcentaje de la tasa de reemplazo, la Sala no abordará acerca de los factores salariales o IBC tenidos en cuenta por la encartada cuando reconoció la pensión de Ley 71 de 1988 a través de la Resolución No. 059703 del 9 de diciembre de 2008, como tampoco la reliquidación mediante la Resolución SUB 204522 del 27 de agosto de 2021, manteniéndose incólumes estos aspectos.

Lo anterior también conduce a que no resulte de asidero el argumento expuesto por la falladora de instancia al afirmar la configuración de una inescindibilidad de la norma, en tanto, como ya se expuso, lo pretendido por la actora fue una reliquidación pensional teniendo en cuenta el cómputo de tiempos públicos y privados, sin que esa situación conlleve a que se apliquen dos preceptos normativa a conveniencia como lo sostuvo la *a-quo*; por el contrario, el derecho aquí reconocido surge con ocasión de la interpretación que ha efectuado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia respecto de la posibilidad de computar tiempos tanto públicos como privados dentro de la disposición pensional establecida en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad. por lo que la sentencia de primer grado habrá de revocarse en su integridad.

e. De la excepción de prescripción:

De conformidad con lo contemplado en los artículos 488 y 489 del C.S.T., así como el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S. en lo que atañe a la prescripción



trienal, en concordancia con lo establecido por el órgano de cierre cuando advierte que lo que prescriben son las mesadas, pero no el derecho pensional, como da cuenta la Resolución SUB 204522 del 27 de agosto de 2021, la demandante solicitó el 17 de febrero de 2021 la reliquidación de la pensión bajo los apremios del Decreto 758 de 1990, reclamación administrativa que yace también dentro del plenario que advierte tal aspecto, instaurándose la demanda el 11 de agosto de agosto de 2021 ante los Juzgados Municipales de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá según se advierte del acta individual de reparto (Fls. 1, 25 y 140 a 153 – PDF 01 DEMANDA ANEXOS).

De tales actuaciones, la Sala puede colegir que goza de prescripción trienal el pago de la reliquidación pensional sobre las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 17 de febrero de 2018; circunstancia por la cual, habrá de declararse probado de manera parcial el medio exceptivo.

f. Del monto de las mesadas pensionales objeto de reliquidación:

Como quedó consignado en la Resolución SUB 204522 del 27 de agosto de 2021, por medio de la cual COLPENSIONES le reliquidó la pensión de jubilación por aportes a la demandante y determinó que aplicándosele una tasa de reemplazo del 75% la mesada pensional para la anualidad 2018 ascendía a la suma de \$3.958.784, por lo que una vez efectuadas las operaciones correspondientes se colige que al aplicarse una tasa de reemplazo del 90% según disposición del artículo 20 del Decreto 758 de 1990, el reajuste pensional por las diferencias pensionales que deberá llevar a cabo la encartada para el 17 de febrero de 2018 es de \$1.319.594.67.

En este orden de ideas, teniendo en cuenta la prosperidad de la reliquidación pensional a razón del reajuste de la tasa porcentual de la demandante, es por lo que se condenará a COLPENSIONES pagar sobre 13 mesadas pensionales al año a razón de retroactivo por diferencias pensionales debidamente indexado al momento en que se realice la correspondiente cancelación por el periodo comprendido entre el 17 de febrero de 2018 y el 29 de febrero de 2024, la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

suma de \$145.751.088,9, ello sin perjuicio de los rubros que se causen con posterioridad hasta que incluya en nómina el cambio de prestación bajo los apremios del Decreto 758 de 1990, teniendo en cuenta los siguientes valores:

Tabla Retroactivo Diferencia Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	N°. Mesadas	Subtotal
17/02/18	31/12/18	4,09%	\$ 1.319.544,67	11,47	\$ 15.130.778,9
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 1.361.506,00	13,00	\$ 17.699.578,0
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 1.413.243,00	13,00	\$ 18.372.159,0
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 1.435.996,00	13,00	\$ 18.667.948,0
01/01/22	31/12/22	5,62%	\$ 1.516.699,00	13,00	\$ 19.717.087,0
01/01/23	31/12/23	13,12%	\$ 1.715.690,00	13,00	\$ 22.303.970,0
01/01/24	29/02/24	9,28%	\$ 1.874.906,00	2,00	\$ 3.749.812,0
Total retroactivo					\$ 115.641.332,88

Indexación Retroactivo Pensional							
Mes	Año Inicial	Año final	Sub Total Mesadas	IPC Inicial	IPC Final	Factor de Indexación	Subtotal
febrero	2018	2023	\$ 615.787,51	97,530	138,980	1,425	\$ 261.708,00
marzo	2018	2023	\$ 1.319.544,67	98,220	138,980	1,415	\$ 547.594,00
abril	2018	2023	\$ 1.319.544,67	98,450	138,980	1,412	\$ 543.232,00
mayo	2018	2023	\$ 1.319.544,67	98,910	138,980	1,405	\$ 534.568,00
junio	2018	2023	\$ 2.639.089,34	99,160	138,980	1,402	\$ 1.059.788,00
julio	2018	2023	\$ 1.319.544,67	99,310	138,980	1,399	\$ 527.100,00
agosto	2018	2023	\$ 1.319.544,67	99,180	138,980	1,401	\$ 529.521,00
septiembre	2018	2023	\$ 1.319.544,67	99,300	138,980	1,400	\$ 527.286,00
octubre	2018	2023	\$ 1.319.544,67	99,470	138,980	1,397	\$ 524.130,00
noviembre	2018	2023	\$ 1.319.544,67	99,590	138,980	1,396	\$ 521.908,00
diciembre	2018	2023	\$ 2.639.089,34	99,700	138,980	1,394	\$ 1.039.754,00
enero	2019	2023	\$ 1.361.506,00	100,000	138,980	1,390	\$ 530.715,00
febrero	2019	2023	\$ 1.361.506,00	100,600	138,980	1,382	\$ 519.429,00
marzo	2019	2023	\$ 1.361.506,00	101,180	138,980	1,374	\$ 508.647,00
abril	2019	2023	\$ 1.361.506,00	101,620	138,980	1,368	\$ 500.550,00
mayo	2019	2023	\$ 1.361.506,00	102,120	138,980	1,361	\$ 491.433,00
junio	2019	2023	\$ 2.723.012,00	102,440	138,980	1,357	\$ 971.289,00
julio	2019	2023	\$ 1.361.506,00	102,710	138,980	1,353	\$ 480.789,00
agosto	2019	2023	\$ 1.361.506,00	102,940	138,980	1,350	\$ 476.673,00
septiembre	2019	2023	\$ 1.361.506,00	103,030	138,980	1,349	\$ 475.067,00
octubre	2019	2023	\$ 1.361.506,00	103,260	138,980	1,346	\$ 470.976,00
noviembre	2019	2023	\$ 1.361.506,00	103,430	138,980	1,344	\$ 467.964,00
diciembre	2019	2023	\$ 2.723.012,00	103,540	138,980	1,342	\$ 932.041,00
enero	2020	2023	\$ 1.413.243,00	103,800	138,980	1,339	\$ 478.978,00
febrero	2020	2023	\$ 1.413.243,00	104,240	138,980	1,333	\$ 470.991,00
marzo	2020	2023	\$ 1.413.243,00	104,940	138,980	1,324	\$ 458.422,00
abril	2020	2023	\$ 1.413.243,00	105,530	138,980	1,317	\$ 447.958,00
mayo	2020	2023	\$ 1.413.243,00	105,700	138,980	1,315	\$ 444.964,00
junio	2020	2023	\$ 2.826.486,00	105,360	138,980	1,319	\$ 901.922,00
julio	2020	2023	\$ 1.413.243,00	104,970	138,980	1,324	\$ 457.887,00
agosto	2020	2023	\$ 1.413.243,00	104,970	138,980	1,324	\$ 457.887,00
septiembre	2020	2023	\$ 1.413.243,00	104,960	138,980	1,324	\$ 458.065,00
octubre	2020	2023	\$ 1.413.243,00	105,290	138,980	1,320	\$ 452.200,00
noviembre	2020	2023	\$ 1.413.243,00	105,230	138,980	1,321	\$ 453.264,00
diciembre	2020	2023	\$ 2.826.486,00	105,080	138,980	1,323	\$ 911.856,00
enero	2021	2023	\$ 1.435.996,00	105,480	138,980	1,318	\$ 456.066,00
febrero	2021	2023	\$ 1.435.996,00	105,910	138,980	1,312	\$ 448.384,00
marzo	2021	2023	\$ 1.435.996,00	106,580	138,980	1,304	\$ 436.538,00
abril	2021	2023	\$ 1.435.996,00	107,120	138,980	1,297	\$ 427.099,00
mayo	2021	2023	\$ 1.435.996,00	107,760	138,980	1,290	\$ 416.034,00
junio	2021	2023	\$ 2.871.992,00	108,840	138,980	1,277	\$ 795.313,00
julio	2021	2023	\$ 1.435.996,00	108,780	138,980	1,278	\$ 398.668,00
agosto	2021	2023	\$ 1.435.996,00	109,140	138,980	1,273	\$ 392.616,00
septiembre	2021	2023	\$ 1.435.996,00	109,620	138,980	1,268	\$ 384.609,00
octubre	2021	2023	\$ 1.435.996,00	110,040	138,980	1,263	\$ 377.660,00
noviembre	2021	2023	\$ 1.435.996,00	110,060	138,980	1,263	\$ 377.331,00
diciembre	2021	2023	\$ 2.871.992,00	110,600	138,980	1,257	\$ 736.954,00
enero	2022	2023	\$ 1.516.699,00	111,410	138,980	1,247	\$ 375.329,00
febrero	2022	2023	\$ 1.516.699,00	113,260	138,980	1,227	\$ 344.424,00
marzo	2022	2023	\$ 1.516.699,00	115,110	138,980	1,207	\$ 314.513,00
abril	2022	2023	\$ 1.516.699,00	116,260	138,980	1,195	\$ 296.399,00
mayo	2022	2023	\$ 1.516.699,00	117,710	138,980	1,181	\$ 274.065,00
junio	2022	2023	\$ 3.033.398,00	118,700	138,980	1,171	\$ 518.259,00
julio	2022	2023	\$ 1.516.699,00	119,310	138,980	1,165	\$ 250.050,00
agosto	2022	2023	\$ 1.516.699,00	120,270	138,980	1,156	\$ 235.948,00
septiembre	2022	2023	\$ 1.516.699,00	121,500	138,980	1,144	\$ 218.205,00
octubre	2022	2023	\$ 1.516.699,00	122,630	138,980	1,133	\$ 202.218,00
noviembre	2022	2023	\$ 1.516.699,00	123,510	138,980	1,125	\$ 189.971,00
diciembre	2022	2023	\$ 3.033.398,00	124,460	138,980	1,117	\$ 353.888,00
enero	2023	2023	\$ 1.715.690,00	126,030	138,980	1,103	\$ 176.293,00
febrero	2023	2023	\$ 1.715.690,00	128,270	138,980	1,083	\$ 143.253,00
marzo	2023	2023	\$ 1.715.690,00	130,400	138,980	1,066	\$ 112.888,00
abril	2023	2023	\$ 1.715.690,00	131,770	138,980	1,055	\$ 93.877,00
mayo	2023	2023	\$ 1.715.690,00	132,800	138,980	1,047	\$ 79.842,00
junio	2023	2023	\$ 3.431.380,00	133,380	138,980	1,042	\$ 144.068,00
julio	2023	2023	\$ 1.715.690,00	133,780	138,980	1,039	\$ 66.689,00
agosto	2023	2023	\$ 1.715.690,00	134,450	138,980	1,034	\$ 57.806,00
septiembre	2023	2023	\$ 1.715.690,00	135,390	138,980	1,027	\$ 45.493,00
octubre	2023	2023	\$ 1.715.690,00	136,110	138,980	1,021	\$ 36.177,00
noviembre	2023	2023	\$ 1.715.690,00	136,450	138,980	1,019	\$ 31.812,00
diciembre	2023	2023	\$ 3.431.380,00	137,090	138,980	1,014	\$ 47.307,00
enero	2024	2024	\$ 1.874.906,00	137,720	138,980	1,009	\$ 17.154,00
febrero	2024	2024	\$ 1.874.906,00	138,980	138,980	1,000	\$ 0,00
Total			\$ 124.404.012	Total Indexación		\$ 30.109.756,00	



Tabla Liquidación	
<i>Retroactivo pensional</i>	\$ 115.641.332,9
<i>indexacion retroactivo pensional</i>	\$ 30.109.756,0
Total	\$ 145.751.088,9

Del retroactivo otorgado, igualmente se autorizará a COLPENSIONES con la finalidad de que efectúe los descuentos en salud a que haya lugar.

SIN COSTAS en esta instancia por cuanto el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante gozó de prosperidad. La de primera instancia correrán a cargo de COLPENSIONES por resultar vencida en juicio.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR en su integridad sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **DECLARAR** que a la aquí demandante señora GLORIA ISABEL MUÑOZ GÓMEZ, le asiste derecho a que COLPENSIONE modifique la pensión de jubilación por aportes que en la actualidad viene percibiendo bajo los preceptos de la Ley 71 de 1988, a una pensión de vejez regulada en el Decreto 758 de 1990, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **DECLARAR** que al demandante debe reliquidar la pensión de vejez teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 90%, y no sobre el 75% como venía siendo reconocida la prestación COLPENSIONES a la luz de la pensión de jubilación por aportes dispuesta en la



Ley 71 de 1988, prestación que al 17 de febrero de 2018 ascendía a la suma de \$3.958.784, existiendo así una diferencia de \$1.319.594.67.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES pagar sobre 13 mesadas pensionales al año a razón de retroactivo por diferencias pensionales debidamente indexadas al momento en que se realice la correspondiente cancelación por el periodo comprendido entre el 17 de febrero de 2018 y el 29 de febrero de 2024, la suma de \$145.751.088.9, ello sin perjuicio de los rubros que se causen con posterioridad hasta que incluya en nómina el cambio de prestación bajo los apremios del Decreto 758 de 1990 y se cancele en legal orden.

CUARTO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES según lo expuesto.

QUINTO: AUTORIZAR a COLPENSIONES a realizar los descuentos al sistema general de seguridad social en salud.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primer grado correrán a cargo de COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



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

Ordinario Laboral 1100131050 09 2022 00142 01
Demandante: JOSÉ FERNANDO MACHADO SIERRA
Demandados: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

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 14 de noviembre de 2023 por el Juzgado Noveno 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 JOSÉ FERNANDO MACHADO SIERRA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., con la finalidad que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 1º de enero de 1998 a través de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., junto con la posterior afiliación a PORVENIR S.A. el 1º de mayo de 1999.



Como consecuencia de tal declaración, pretende que se condene a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que obren en su cuenta individual de ahorro, como cotizaciones y rendimientos, y se ordene a COLPENSIONES reciba dichos dineros en el régimen que administra y registre las semanas cotizadas en el RAIS.

De manera subsidiaria, solicita se declare que PORVENIR S.A. es responsable por los perjuicios que le ocasionó, por la omisión en la asesoría que debió prestarle al momento del traslado, los que equivalen al mayor valor que resulte entre la pensión que le debe reconocer el Régimen de Ahorro Individual y la pensión que le hubiere correspondido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida si no se hubiera trasladado; en consecuencia de lo anterior, se condene a PORVENIR S.A., a pagarle suma de \$410.402.964 a título de indemnización por perjuicios.

Finalmente, pretende se condene a las demandadas a pagar las costas y agencias en derecho, más lo que resulte probado de maneta *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, refirió que nació el 15 de octubre de 1957, y por falta de asesoría se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el I.S.S. al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el 1º de enero de 1998 a través de COLMENA S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., fondo que omitió informarle que la pensión de vejez que allí obtendría sería inferior a la que recibiría en el régimen de prima media con prestación definida, igualmente, no le informó sobre las características, condiciones, diferencias, ventajas y desventajas que existen en ambos regímenes pensionales.

Además, refirió que se trasladó de PROTECCIÓN S.A. a PORVENIR S.A., el 1º de mayo de 1999, fondo que no le advirtió que le era más favorable regresar al Régimen de Prima Media administrado por el ISS, e igualmente, incurrió en la misma omisión del fondo primigenio, y no le advirtió de que solo podía cambiar de régimen antes de cumplir la edad de 52 años. De otra parte, mencionó que según proyección efectuada por PORVENIR S.A., su mesada en ese fondo ascendería a \$1.480.000 y en el Régimen de Prima de Media sería de \$3.280.013,



siendo evidente la diferencia, aunado a que su esperanza de vida es de 19.7 años, es decir 228 meses. Por último, indicó que el 2 de marzo de 2022 solicitó a las accionadas la nulidad del traslado de régimen, pedimento que fue negado por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, entre tanto, PROTECCIÓN S.A. no ha brindado respuesta a su requerimiento. (archivos 01 y 05).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda, arguyendo que el actor se afilió con ese fondo el 29 de abril de 1999, una vez recibió información transparente y necesaria, lo que le permitió compararla con el conocimiento que tenía del régimen de prima media con prestación definida por haber pertenecido a este, lo que le permitió tomar la mejor decisión para sus intereses pensionales, de lo cual da cuenta el formulario de afiliación, aunado a que no se acreditan los supuestos en los que se funda la nulidad o la ineficacia del traslado; además, el gestor está inmerso en la prohibición legal de traslado de régimen.

Propuso la excepción previa de prescripción, respecto de cual en audiencia efectuada el 14 de noviembre de 2023, se indicó que sería diferida para el momento de emitir la sentencia que pusiera fin a la instancia. Igualmente, formuló como excepciones las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la genérica. (f. 1 a 43 archivo 09)

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



Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, la innominada, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa, e inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe. (f. 1 a 39 archivo 10).

En su intervención, el MINISTERIO PÚBLICO señaló que el deber de información existe desde el nacimiento de los fondos de pensiones, de modo que es obligación brindar información completa, clara y certera a los trabajadores sobre todo lo relacionado con el traslado de regímenes pensionales. (archivos 15 y 16).

Mediante auto adiado el 16 de agosto de 2023, se tuvo por no contestada la demanda a COLPENSIONES y a PORVENIR S.A. Decisión que fue repuesta de forma parcial, mediante auto fechado el 9 de octubre de 2023, en el que se dio por contestada a PORVENIR S.A. (archivos 17 y 24).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 14 de noviembre de 2023, resolvió:

“PRIMERO. DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó el demandante José Fernando Machado Sierra, entre el RPM administrado por el Instituto de Seguros Sociales – hoy Colpensiones - al RAIS, administrado por Colmena hoy Protección S.A., el 11 de diciembre de 1997.

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

TERCERO. CONDENAR a Protección S.A a trasladar a Colpensiones los valores correspondientes a cuotas de administración y comisiones que se



dedujeron de la cuenta de ahorro individual del demandante, durante la vigencia de su afiliación a ese fondo de pensiones, por lo considerado.

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

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

SEXTO. RELEVARSE del estudio de la pretensión de pago de perjuicios solicitado, teniendo en cuenta que salió avante las pretensiones de la demanda frente a la ineficacia del traslado entre el RPM al RAIS.

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

OCTAVO. DE NO SER APELADO Remítase el presente asunto ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. a fin de que surta el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, de conformidad con el artículo 69 CPTSS."

Para arribar a dicha conclusión, al *a-quo* memoró que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado de uno de cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, acotando que la vulneración de tal derecho conlleva a que la afiliación quede sin efecto, conforme lo reglado en el artículo 271 *ejusdem*. Añadió que la CSJ-SL ha explicado que desde el inicio ha correspondido a las administradoras de pensiones dar cuenta que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito, aunado a que la carga de la prueba recae en los fondos de pensiones, presupuestos probatorios que se aplican sin importar si el afiliado tenía o no un derecho consolidado o una expectativa legítima o un beneficio transicional, lo que no se subsana con los diferentes traslados horizontales.

Acorde con lo anterior, al examinar el acervo probatorio recaudado en el trámite procesal encontró no acreditado el cumplimiento del deber de información al momento del traslado de régimen por parte del fondo de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad primigenio, por lo que declaró la ineficacia del traslado y ordenó la devolución de los emolumentos que esa situación conlleva, declaró no probadas las excepciones propuestas, entre ellas, la de



prescripción y absolvió a las demandadas de las pretensiones subsidiarias, relacionada con el pago de perjuicios al haber salido avante las pretensiones principales. Por último, condenó en costas a PROTECCIÓN S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. la apeló. Al respecto, solicita se revoque en su integridad la sentencia de primer grado, en tanto, dentro de las obligaciones que debe cumplir la AFP está la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados, de manera que, es incompatible y excluyente ordenar una indexación dado que los recursos de la cuenta no se han visto afectados por la inflación, al contrario, han generado rendimientos muy superiores a los que se le garantizan en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Al respecto, trajo a colación las sentencias proferidas por el Tribunal Superior de Cundinamarca el 21 de julio de 2022 y por el Tribunal Superior de Cali - Sala Labora el 25 de julio de 2022, en las que se indicó que el traslado de los rendimientos financieros del afiliado a COLPENSIONES compensaba la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiera haberse presentado respecto a los emolumentos que se ordena retomar. Por lo que ordenar la indexación de cualquier suma de dinero es una doble sanción, además, es evidente que los rendimientos obtenidos por la gestión que adelantó a partir del acto jurídico informado que celebró con el demandante y que surtió plenos efectos jurídicos, supera con creces la posibilidad de pérdida del poder adquisitivo de los dineros del afiliado.

COLPENSIONES en la alzada, adujo que la juez pasó por alto que, para la fecha del traslado de régimen del actor, la normativa vigente y aplicable al caso eran los literales b) y e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el Decreto 692 de 1994 y el Decreto 663 de 1993, que indicaban que la aceptación espontánea, libre y expresa de un afiliado de trasladarse del régimen se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación, lo cual en el presente asunto se dio a plenitud.

Asimismo, destacó que para la fecha de la suscripción del formulario no existían la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, mediante los cuales nace la



obligación de las AFP de la doble asesoría. Por tanto, solicita que no se apliquen al caso normas inexistentes para la época de los hechos, pues ello vulnera el debido proceso de esa entidad, dado que no participó en el traslado, y si por el contrario, debe afrontar la carga de la prestación, además, no se tiene en cuenta el principio de relatividad jurídica dado que es un tercero y los actos jurídicos tienen efectos inter partes, por lo que las consecuencias deben recaer sobre las partes involucradas, por lo que no puede ser perjudicada a razón del contrato que celebró el demandante con el fondo privado.

De la misma forma, adujo que esa administradora resulta lesionada con la decisión adoptada en cuanto se afecta el equilibrio y la sostenibilidad financiera del sistema, más aún, cuando no se tuvo en cuenta que el actor está inmerso en la prohibición legal de traslado de régimen pensional. Finalmente, solicita que en caso de ser confirmada la decisión de instancia se condicione el cumplimiento de la sentencia a que se reintegre la totalidad de las cotizaciones y se actualice la información del demandante en la respectiva base 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, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó el demandante.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre



y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Ahora bien, 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.

Al respecto, 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 de 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 obra el formulario de afiliación por medio del cual el actor se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 11 de diciembre de 1997 por medio de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., y el formulario de afiliación a PORVENIR S.A. el 29 de abril de 1999. Vinculaciones que según el certificado SIAFP se hicieron efectivas el 1º de febrero de 1998 y 1º de junio de 1999. (f. 47 y 48 archivo 10 y f. 86 y 90 archivo 09)

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”*.

De otro lado, se recibió el interrogatorio de parte la Representante Legal de PROTECCIÓN S.A., quien expuso que no estuvo presente al momento del traslado del gestor y que no sabe los temas que trató con el asesor en esa ocasión.

Por su parte, la Representante Legal de PORVENIR S.A. en el interrogatorio de parte que depuso, señaló que no le consta si el asesor de ese fondo le informó al promotor que podía retornar al Régimen de Prima Media antes de cumplir la edad de 52 años, sin embargo, enfatizó que éste se encontraba capacitado para dar esa clase de información, además el fondo en 2014 efectuó una publicación en tal sentido en un diario de amplia circulación.

A su vez, el demandante JOSÉ FERNANDO MACHADO SIERRA, declaró que previo a ingresar a laborar con MULTIREVISTAS EDITORES, se le indicó que existían dos regímenes, y que la persona encargada de Recurso Humanos le indicó que el ISS sería liquidado, por lo que era mejor que se afiliara a COLMENA, recomendación que realizó su empleador, además, refirió que su motivación para regresar al Régimen de Prima Media es por que no se le explicó que se pensionaría con el 25% de sus ingresos, situación que de haberla sabido nunca se hubiera afiliado a ese fondo.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, no obra prueba alguna que advierta una debida información de parte de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. al momento del traslado del demandante, por lo que según lo adocinado por 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 que guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría 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 1997, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen del promotor.

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

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

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

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

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

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

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

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado frente a COLPENSIONES, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

“Por ello se procederá a Condenar a Old Mutual SA hoy Skandia, a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Paralelamente, se ordenará a Porvenir SA devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Posición esta última que reitera lo indicado con antelación por esa Alta Corporación en sentencia SL5047-2021, Radicación No. 83777 del 25 de octubre del 2021 en la que se indicó lo siguiente:

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



De lo anterior, dimanando con claridad que no erró la *a-quo* en la decisión de primera instancia. Sin embargo, estima la Sala necesario modificar el numeral segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de precisar que las sumas que deben ser indexadas al momento del pago por parte de PORVENIR S.A., corresponden a los gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima.

Igualmente, se adicionará el numeral tercero de la sentencia de instancia, a efecto de aclarar que además de los conceptos allí indicados, PROTECCIÓN S.A. antes COLMENA debe devolver a COLPENSIONES lo correspondiente a seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima en porción al tiempo en que el demandante estuvo vinculado con esa administradora, conceptos que deben ser indexados al momento de su pago, junto con los gastos de administración, por las razones antes expuestas.

Por último, se indica que no hay lugar a condicionar la sentencia en la forma en que lo solicita COLPENSIONES en la alzada, en tanto, de suyo se entiende, que los fondos privados deben llevar a cabo las gestiones administrativas del caso para dar cumplimiento a la sentencia, lo que de contera le permitirá a esa entidad hacer lo propio. Confírmese la sentencia de primer grado en lo demás.

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida el 14 de noviembre de 2023 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de precisar que las sumas que deben ser indexadas al momento del pago por parte de PORVENIR S.A., corresponden a los gastos de administración, las primas por los seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima.



Igualmente, se ADICIONA el numeral tercero de la sentencia de instancia, a efecto de aclarar que además de los conceptos allí indicados, PROTECCIÓN S.A. antes COLMENA debe devolver a COLPENSIONES lo correspondiente a seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima en porción al tiempo en que el demandante estuvo vinculado con esa administradora, conceptos que deben ser indexados al momento de su pago, junto con los gastos de administración, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado
ACLARO VOTO

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Justicia Laboral

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

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

PROCESO ORDINARIO LABORAL No 09 2022 00142 01 DE JOSÉ FERNANDO MACHADO SIERRA contra COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 29 de febrero de los corrientes.

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

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

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

Ordinario Laboral 1100131050 12 2022 00140 01
Demandante: ELSA SALAZAR CRUZ
Demandados: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, en contra de la sentencia proferida el 22 de enero de 2024 por el Juzgado Doce 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 ELSA SALAZAR CRUZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin de declararse la ineficacia de la vinculación y/o afiliación efectuada del Régimen de Prima Media con Prestación Definida con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de la AFP PORVENIR S.A.

Por consiguiente, se le ordene a PORVENIR S.A. trasladar con destino a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido por motivo de su 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, así como que se le ordene a COLPENSIONES recibirla en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, llevando a cabo las acciones tendientes a agilizar el traslado y recibir la totalidad de los aportes provenientes del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

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

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, mencionó que ha venido laborando al servicio de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL desde el año 1988 hasta la actualidad, acumulando un número importante de cotizaciones, al igual que desde el inicio de su vida laboral se afilió y efectuó aportes en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida por intermedio de CAJANAL.

Que se afilió en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 31 de enero de 2000 por intermedio de PORVENIR S.A., sin que tuviese por parte de dicha AFP una asesoría previa en la cual se le informaran y explicaran los beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional, para así haber adoptado una decisión libre, espontánea y, por ende, la más beneficiosa para su futuro pensional.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. contestó la demanda arguyendo que el traslado de la demandante con destino del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ante sus dependencias en el mes de enero de 2000, se llevó a cabo de manera libre y consiente, luego de haber recibido información clara y precisa, lo que le permitió compararla con el conocimiento que tenía del Régimen de Prima Media con Prestación Definida por haber pertenecido al mismo, para así tomar la mejor decisión de acuerdo a sus intereses pensionales.



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

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, indicando que el traslado de la demandante con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se realizó de manera libre y voluntaria, demostrándose que PORVENIR S.A. brindó la información necesaria para trasladarse de régimen, siendo así válida la afiliación en el régimen privado.

Formuló como medios exceptivos los denominados prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 22 de enero de 2024, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por la señora ELSA SALAZAR CRUZ, identificada con C.C. No. 51.654.907 del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, al de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. el 31 de enero de 2000, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la señora ELSA SALAZAR CRUZ al régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo expuesto.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora ELSA SALAZAR CRUZ, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses y demás rubros que posea la demandante en su cuenta de ahorro individual, debidamente indexados; conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre PORVENIR S.A., con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la señora ELSA SALAZAR CRUZ al régimen de ahorro



individual con solidaridad, y una vez ingresen los dineros a actualizar su información en la historia laboral.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas de acuerdo a lo motivado.

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a PORVENIR S.A. y COLPENSIONES a favor de la demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.300.000 para cada una.

SÉPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión por parte de COLPENSIONES, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral a fin de que se surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA** a su favor.”

Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia indicó en primer lugar que, de conformidad con los postulados emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es obligación de las AFP suministrar al potencial afiliado una información completa, con la finalidad de que este pueda adoptar una decisión respecto del cambio de régimen e, incluso, para interponer los derechos del trabajador sobre su interés propio, pues la simple suscripción del formulario de afiliación no implica *per se*, que dicha información haya sido suministrada, de allí que no sea necesario que quien alega la ineficacia del traslado deba tener una expectativa legítima para pensionarse, como tampoco ser beneficiario del régimen de transición, precisando que el deber de información, no se prueba con el formulario de afiliación.

De ese modo, al verificar las pruebas recaudadas en el trámite procesal refirió que estaba acreditado que la actora se trasladó del ISS al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A., concluyendo la *a-quo* que atendiendo la carga de la prueba en cabeza del fondo privado, en el asunto de marras no logró demostrar la debida información y buen consejo que debió suministrarle al momento del traslado, en especial las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, como tampoco las consecuencias que le implicaría trasladarse con destino al régimen de ahorro individual con solidaridad, lo que hace que ese traslado se torne ineficaz, declarando así la ineficacia del traslado, con la consecuente devolución de los emolumentos que esa situación conlleva, así como que declaró no probadas las excepciones propuestas y condenando en costas a las demandadas.



En últimas, adujo que si bien es cierto que la demandante antes del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se encontraba cotizando a CAJANAL, de conformidad con lo establecido en el artículo 4º del Decreto 2196 de 2009 se ordenó la supresión o liquidación de esta última, de allí que no esté obligada a recibir a la actora, sumado al hecho que, pese a que la UGPP es la entidad que asumió parte de las obligaciones que se encontraban a cargo de dicha caja, es claro que tampoco hubiera podido recibir a la accionante en la medida que acorde con lo señalado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, esta UGPP recibe únicamente a los afiliados que hayan causado los requisitos para acceder a la pensión antes de la extinción de la caja; circunstancia por la cual, es por lo que la demandante debe retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a través de COLPENSIONES.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. la apeló. Argumentó en su alzada encontrar inconformidad frente a la indexación ordenada, en tanto, según lo ha expuesto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si bien es cierto la indexación consiste en la imple actualización de la moneda para contrarrestar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, también debe tenerse en cuenta que dentro de las obligaciones de las administradoras de fondos de pensiones se encuentra la de garantizar la rentabilidad de las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados, por lo que resulta incompatible ordinar dicha condena teniendo en cuenta que como AFP cumplió a cabalidad con la obligación de generarle rendimientos a la demandante en su cuenta de ahorro individual.

COLPENSIONES por su parte adujo que, para el momento del traslado de la actora con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, la exigencia normativa gravitaba exclusivamente en el diligenciamiento del formulario de afiliación de cambio de régimen, aspecto que se encuentra probado a plenitud, por lo que no goza de prosperidad la ineficacia declarada en primer grado, máxime que se estaría vulnerando el principio de sostenibilidad financiera.



IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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



de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

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

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

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

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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuara la demandante por intermedio de la AFP PORVENIR S.A. el 31 de enero de 2000 (Fl. 7 – PDF 01 DEMANDA CON ANEXOS), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acredita que en efecto se haya suministrado de forma 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 ELSA SALAZAR CRUZ en el interrogatorio de parte a ella practicado no confesó que se le hubiese brindado una asesoría ajustada a derecho, incluidas las implicaciones, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, y otras situaciones de asesoría que entendiera de manera fehaciente la total información suministrada, sin advertirle características propias incluso del mismo Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como la cuenta de ahorro individual, aportes voluntarios, modalidades por vejez dentro del régimen privado, el derecho de retracto, etc.

De allí que se pueda colegir la notoria falta de información por parte de PORVENIR S.A. por cuanto no se obtuvo confesión alguna de la debida asesoría al tenor de los preceptos emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte

Suprema de Justicia, carga probatoria que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado 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 de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, 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 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, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera respecto de COLPENSIONES, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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

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

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



correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

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

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

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

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

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

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

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

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

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas 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, por lo que al retornarse las contingencias referidas, evidente es que existe satisfecho un financiamiento como consecuencia de una posible prestación a la demandante.

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



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

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

*“Por ello se procederá a Condenar a Old Mutual SA hoy Skandia, a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los **gastos de administración, comisiones, y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.** Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

*Paralelamente, se ordenará a Porvenir SA devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por **gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos,** durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

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

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



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

De lo anterior, la decisión de primera instancia deberá aclararse. En tal sentido, se dispondrá que la AFP PORVENIR S.A. deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, 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. Igualmente, al momento del cumplimiento de dicha orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ACLARAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, en el entendido de indicar que la AFP PORVENIR S.A. deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Igualmente, al momento del cumplimiento de dicha orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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



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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

ACLARO VOTO

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Justicia Laboral

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

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

PROCESO ORDINARIO LABORAL No 12-2022-00140-01 DE ELSA SALAZAR CRUZ contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 29 de febrero de los corrientes.

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

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

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



gastos de administración, seguros previsionales y demás emolumentos a que haya lugar; se ordene a COLPENSIONES reciba tales rubros, y se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, refirió que nació el 3 de febrero de 1972 y el 16 de abril de 1996 se afilió a COLFONDOS S.A. A la vez, refirió que la aparente decisión libre y voluntaria de suscribir su afiliación con ese fondo, no estuvo precedida de ilustración alguna por del mismo, por lo que no existe un consentimiento de libertad y voluntariedad, lo que la hace nula conforme la reiterada jurisprudencia, a razón de la nula información que suministró el fondo.

De otra parte, expuso que desde su afiliación al RAIS ha cotizado más de 1000 semanas, y que COLFONDOS S.A, debió informarle sobre la imposibilidad de trasladarse cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión. Añadió de entre 2008 a 2011 se vinculó a PROTECCIÓN S.A., la cual tampoco le brindó información y que no tuvo la oportunidad de afiliarse al I.S.S. en 1996, dado que fue atraída por los asesores del fondo privado, quienes con engaños y desinformación la llevaron a afiliarse en el RAIS. Por último, señaló que solicitó su traslado de régimen a COLPENSIONES el 5 de mayo de 2022. (f. 4 a 12 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

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



Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, la innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara 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, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, traslado de aportes a otra administradora de fondos de pensiones e imposibilidad de declaratoria de nulidad por inexistencia de situación anterior. (f. 3 a 27 archivo 05).

COLFONDOS S.A. al contestar se opuso a las pretensiones de la demanda, sosteniendo que la afiliación de la gestora a ese fondo se efectuó en virtud de su derecho a libremente escoger el fondo de pensiones que administra sus aportes, siendo el RAIS su elección.

Como excepciones propuso las de prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, 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 y ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A. (f. 3 a 19 archivo 06)

COLPENSIONES contesto con oposición a las pretensiones de la demanda, indicando que la actora realizó su traslado de manera libre y voluntaria demostrándose COLFONDOS la asesoró en su decisión de trasladarse de régimen, siendo su afiliación completamente valida.

Como medios exceptivos formuló los de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del



ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y la declaratoria de otras excepciones. (f. 3 a 14 archivos 07).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 23 de octubre de 2023, absolvió a las demandadas de todas las pretensiones formuladas en su contra por la actora y la condenó en costas.

Para arribar a dicha conclusión, la operadora judicial de instancia comenzó por explicar que la actora se afilió a COLFONDOS el 16 de abril de 1996 y se trasladó a ING 14 de diciembre de 2007, posteriormente se afilió a PROTECCIÓN el 1º de julio de 2010 y retornó a COLFONDOS el 19 de julio de 2012. A continuación, al referirse a la selección inicial de régimen trajo a colación la sentencia SL39772 de 5 de octubre de 2010, reiterada en la SL214 de 2020, para concluir que al entrar en vigencia la Ley 100 de 1994 la actora no se encontraba cotizando al Instituto de Seguros Sociales, Caja o Fondo Público, o laborando en una entidad pública que asumiera sus propias cotizaciones, pues no aparece que tenga a su favor un bono pensional, resultando claro, que la primera y única vinculación al sistema general de pensiones a la entrada en vigencia de este, lo fue al RAIS a través de COLFONDOS al expresar su voluntad de afiliación a dicha AFP el 16 de abril de 1996.

De lo anterior, se evidencia que se trata de una selección inicial de régimen y no de un traslado de régimen, pues el sistema general de pensiones nació con la Ley 100 de 1993, de ahí, que no hay lugar a analizar las implicaciones que conlleva el traslado de régimen y su ineficacia, pues si bien no desconoce que la administradoras de pensiones están en la obligación de brindar una asesoría clara y eficaz sobre las consecuencias que conlleva trasladarse, la cual se reprocha ante su ausencia en el traslado de régimen y no de su selección inicial, por lo que en el presente caso no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda, por lo que absolvió a las encartadas de las elevadas en su contra y condenó en costas a la actora.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Al respecto, manifiesta que la opción de escogencia del régimen de pensiones nace con la Ley 100 de 1993 y existen unos deberes de parte de las administradoras de pensiones, además, no ocultó que nunca estuvo afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, ya que su vinculación inicial fue con el Régimen de Ahorro Individual, la cual no estuvo precedida de una debida información a la que tiene derecho todo ciudadano.

Luego, no se pueden aplicar al presente caso las sentencias que trajo a colación la Juez de instancia pues no refiere a idénticas situaciones fácticas, máxime cuando las afiliaciones a los fondos demandados se dieron a razón de su cambio de empleador, al cual no se incluyó porque son las afiliaciones las que deben ser analizadas, y las inexactitudes del interrogatorio no pueden ser tomadas como confesión, ya que el mismo da cuenta de la falta de una debida información sobre hechos que sucedieron hace más de 20 años, reiterando que no se acreditó el cumplimiento del deber de información y no se le advirtieron la características, ventajas y desventajas y demás consecuencias que le implicaba esa selección, por lo que solicita se revoque la sentencia de primer grado.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, y de acuerdo a los argumentos expuestos por la impugnante, la Sala como problema jurídico habrá de auscultar si la vinculación inicial de la demandante al sistema general de pensiones se torna ineficaz, por incumplimiento al deber de información por parte del fondo de pensiones primigenio.

c. De la vinculación al sistema general de pensiones:

Al descender al caso bajo estudio, se advierte que en esta instancia no se discute que la selección inicial al sistema general de pensiones por parte de la gestora se dio por primera vez al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 16 de abril de 1996, a través de COLFONDOS S.A., que después se afilió el 14 de diciembre de 2007 a ING, el 1º de julio de 2010 a PROTECCIÓN y retornó a COLFONDOS el 19 de Julio de 2012, y que esa vinculación inicial se hizo efectiva el mismo 16 de abril de 1996, como da cuenta el certificado SIAFP, lo que se acompasa con la manifestación efectuada por la actora en el interrogatorio de parte que depuso, quien dijo que nunca estuvo afiliada en el fondo público. (f. 21, 22, 24, 26 archivo 06 y f. 47 a 49 archivo 05).

Conclusión a la que arribó la Juez de instancia, y que se reitera no fue objeto de inconformidad por parte de la apelante como viene de verse, determinación que, en gracia de discusión, se ajusta a los postulados establecidos en el artículo 11, 15 y 17 del Decreto 692 de 1994 y el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que regulan lo atinente a la diligenciamiento de la selección y vinculación, y el traslado de régimen pensional.

d. De la ineficacia de la selección inicial al sistema general de pensiones:

Sostiene la parte demandante en la alzada que con independencia de que se trate de una vinculación inicial es deber del fondo de pensiones cumplir con el deber de información, pues de lo contrario dicha vinculación sería ineficaz.

En punto de lo anterior y a efecto de desatar el problema jurídico planteado, debe reiterarse 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.



Sobre el asunto, conviene traer a colación lo indicado en la sentencia CSJ SL 1806 de 2022, Radicado No. 88669, en donde el máximo Tribunal de cierre de la jurisdicción laboral, expuso en un asunto de contornos similares:

“Por otra parte, la jurisprudencia ha establecido que lo que puede invalidarse es el acto de traslado entre regímenes, no la selección inicial, y menos cuando no existe acto previo de afiliación al sistema pensional. De esta forma, no puede aceptarse que la violación del deber de informar afecta directamente la validez del acto jurídico de vinculación al sistema, pues no existe, antes de ese acto ninguna expectativa, aún simple, de consolidar un derecho.”

Caso en concreto:

La Sala encuentra acertada la posición del ad quem de negar la ineficacia de la afiliación, pretendida por la señora Ulloa Ulloa, pues ello conllevaría un intento de retrotraer la situación de la afiliada al estado en que se hallaba antes de que hiciera una selección inicial de régimen, cuando, previo a ello, no existía una situación jurídica que modificar, es decir, no hay un acto para invalidar, pues no existe estado previo de registro ante ninguna administradora, porque no había afiliación o vinculación al Sistema General de Pensiones.

Así las cosas, si la demandante nunca formó parte del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como está acreditado y no se discute, eliminar la afiliación al RAIS no puede generar el efecto anhelado por la censura, pues no existe ningún vínculo jurídico previo con administradora pensional alguna, ni siquiera anterior a la existencia del sistema pensional vigente, para obligarla a recibirla como afiliada, así como a recibir sus cotizaciones hechas ante Protección y Porvenir ni reconocer, eventualmente, las prestaciones propias del sistema (CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019).

Conviene precisar que, si lo pretendido era trasladarse del Régimen de Ahorro Individual al de Prima Media con Prestación Definida por resultarle más favorable, debió hacerlo en la oportunidad que brinda el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 2 la Ley 797 de 2003, es decir, antes del 21 de marzo de 2009, tal y como lo señaló el ad quem.”

Más adelante, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia al analizar el tema, reiteró la postura asumida por esa Corporación sobre el particular, en sentencia SL1377-2023, Radicación No. 93356 de 5 de junio de 2023, en la que indicó:

“Así, pese a que las AFP tienen la obligación de brindar la información necesaria, completa y transparente a sus usuarios para que seleccionen el régimen que consideran pertinente, cuando se trata de afiliación inicial al SGP, su ausencia no conlleva la declaratoria de ineficacia en la medida

que no hay pie a que las cosas retornen a su estado inicial, como si el acto jurídico no se hubiese efectuado. Esto, en la medida en que - de acuerdo con las nociones previas del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y la jurisprudencia reseñada, no hay lugar a que el afiliado pierda dicha calidad y no cuente con ninguna vinculación al Sistema. En este caso, tratándose del RPMPD, la peticionaria nunca ha estado vinculada al mismo, por lo tanto, no ha gestado expectativa alguna ni ha contribuido, con sus aportes, a la financiación del Sistema. En ese entendido, se estaría grabando a este régimen con la obligación de responder por una prestación que nunca se construyó bajo su imperio y a la cual no efectuó cotización alguna.”

(...)

“En los supuestos fácticos que se analizan, no es procedente acudir a la ficción jurídica construida en materia de ineficacia del traslado, dado que, bajo aquel escenario, el afiliado previamente cimentaba su futuro pensional en el RPMPD, de lo que deviene que, en caso de ineficacia, el aspirante a la pensión siempre estuvo vinculado a ese régimen y, por tanto, las cotizaciones y montos determinados podrían allí remitirse.

Por el contrario, en el caso presente, donde lo que se discute es la afiliación inicial, no cabe activar una vinculación que nunca ha existido, ya que no media nexo alguno con el RPMPD. No podría darse entonces la transferencia de los aportes realizados, pues, se reitera, al declarar la ineficacia del acto, nace el escenario de que la peticionaria nunca hizo parte del sistema y deberían aplicarse las consecuencias expuestas en el proveído CSJ SL3202-2021, esto es, «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». Así, en una eventual privación de los efectos de la afiliación primigenia, la AFP debería reintegrar las cotizaciones al afiliado y/o al empleador, según corresponda al vínculo bajo el cual se efectuaron los aportes, en la medida que no ha existido vinculación anterior que permita acudir a la ficción jurídica de que siempre permaneció en éste.

Y aunque en materia del traslado de régimen se ha dicho de manera reiterada que no es necesario tener un derecho consolidado, estar próximo a pensionarse o ser acreedor de una expectativa legítima, lo cierto es que en tales eventos se protege al afiliado que edificaba su derecho pensional bajo un régimen, pero por el incumplimiento al deber de información que tienen las administradoras, optó por el cambio, perjudicando la posibilidad que se encontraba construyendo; lo cual no sucede en la afiliación inicial al sistema.

Así las cosas, aun de verificarse la ausencia de un consentimiento informado, los efectos prácticos de una eventual ineficacia del acto inicial perjudicarían a la afiliada, a los actuales y futuros pensionados, así como la sostenibilidad financiera del Sistema.”

e. Del caso en concreto:



Al descender al *sub-lite*, se encuentra que la actora se afilió inicialmente el 16 de abril de 1996 al sistema general de pensiones en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por medio de COLFONDOS S.A. y posteriormente se trasladó a ING y a PROTECCIÓN S.A. y regresó de nuevo al fondo primigenio. Asimismo, la demandante en la declaración de parte que rindió en el curso del trámite procesal expuso que su afiliación a COLFONDOS se dio por que fue la única opción que le ofreció su empleador en 1996, que no le explicaron las diferencias entre regímenes, no leyó el formulario de afiliación y no hizo preguntas, enfatizando que no fue coaccionada para suscribir el documento, que su traslado a PROTECCIÓN se dio por que estuvo vinculada a una Cooperativa y que volvió COLFONDOS posteriormente. Además, precisó que nunca estuvo afiliada a COLPENSIONES.

En virtud de lo anterior, la Sala debe indicar que no se llegaría a una conclusión diferente a la que arribó la *a-quo*, pues si bien no se desconoce que las administradoras de pensiones están en la obligación de ofrecer una debida información al potencial afiliado sobre las características, beneficios, condiciones, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales; tampoco puede soslayarse como lo ha establecido de forma reitera la jurisprudencia en casos como el que aquí se estudia, que no es procedente acudir a la figura jurídica que ha construido el órgano de cierre de esta especialidad en materia de ineficacia del traslado.

Lo anterior, como quiera que ya se determinó que la gestora no estuvo afiliada con anterioridad a la selección inicial de régimen de pensiones que realizó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS, en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; de modo que, devolver las cosas a su estado inicial conllevaría dejarla por fuera del sistema general de pensiones, pues no existe obligación de parte de COLPENSIONES de recibirla al no haber estado afiliada a esa administradora previamente como ya se explicó, luego, de acceder a las pretensiones de la demanda no solo se vulneraría el derecho a la seguridad social de la actora, sino que, no es dable imponer a esa administradora que asuma las posibles contingencias que conllevaría afiliar a una persona que se encuentra inmersa en la actualidad en la prohibición de traslado establecida en la Ley 797 de 2003.



Bajo tales razonamientos, no le queda otro camino a esta Colegiatura que confirmar la sentencia de instancia. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la recurrente.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de octubre de 2023 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$600.000 a favor de las demandadas, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS PARLÓS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



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

Ordinario Laboral 1100131050 12 2022 00576 01
Demandante: ADRIANA CORREA BAENA
Demandados: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES al abogado LUIS EDUARDO CALDERÓN PASTRANA, identificado con cédula de ciudadanía 1.004.155.816 y T.P. 406.112 del Consejo Superior de la Judicatura, en los términos del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 4 de diciembre de 2023 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora ADRIANA CORREA BAENA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin de declararse la nulidad del



traslado que realizó Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A., por vicio en el consentimiento dada la omisión en la información. A su vez, se declare que se encuentra válidamente afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los dineros que obren en su cuenta individual de ahorro, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales y sus respectivos frutos e intereses. Asimismo, se condene a COLPENSIONES a activar su afiliación en el régimen que administra y recibir los rubros antes descritos y se condene en costas y agencias en derecho a PORVENIR S.A.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus aspiraciones, indicó que nació el 20 de octubre de 1965 y laboró en el sector privado, por lo que efectuó aportes a instituciones de previsión social hasta mayo de 1994, calenda en la que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A., destacando que el traslado se llevó a cabo bajo engaños e información distorsionada, promesas falsas, beneficios inexistentes, mala fe y sin tener en cuenta su situación concreta, ya que el asesor no le mencionó sobre las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, las limitaciones para llevar a cabo el traslado y el derecho de retracto, es decir, no le proporcionó información suficiente, completa y clara sobre las implicaciones de dicho traslado.

Asimismo, expuso que el asesor le indicó que en ese régimen se podía pensionar de manera anticipada y que contaría con mayores garantías. Sin embargo, PORVENIR S.A. realizó proyección en la que indicó que el monto de su mesada sería del 50% o menos de la que le habría reconocido el ISS hoy COLPENSIONES, de modo que, el fondo privado debe acreditar que le brindó una información clara, precisa y entendible al momento del traslado. (f. 2 a 14 archivo 01).



1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones del libelo introductorio, arguyendo que la demandante al momento de suscribir el formulario, lo hizo de forma libre, espontánea y completamente informada, además, le suministro asesoría de forma verbal respecto de las condiciones, beneficios, características y consecuencias que acarrearía el traslado de régimen pensional. Adicionalmente, adujo que no obra en el informativo prueba de la nulidad o ineficacia del traslado que deprecia.

En su defensa 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. (archivo 09)

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda, indicando que la actora se trasladó de régimen de forma libre y voluntaria, luego, está demostrado que PORVENIR S.A. la asesoró en tal decisión, de manera que, la afiliación es válida.

Propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones. (archivo 10).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 4 de diciembre de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por la señora ADRIANA CORREA BAENA, identificada con C.C. No. 51.813.849 del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. el 18 de abril de 1994, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.



“SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la señora ADRIANA CORREA BAENA al régimen de prima media con prestación definida, conforme lo expuesto.

“TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora ADRIANA CORREA BAENA tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses y demás rubros que posea la demandante en su cuenta de ahorro individual, debidamente indexados; conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

“CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre PORVENIR S.A., con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la señora ADRIANA CORREA BAENA al régimen de ahorro individual con solidaridad, y una vez ingresen los dineros a actualizar su información en la historia laboral.

“QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

“SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y a favor de la demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 para cada una.

“SÉPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión por parte de COLPENSIONES, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA.”

Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia indicó en primer lugar que, de conformidad con los postulados emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es obligación de las AFP suministrar al potencial afiliado una información completa, con la finalidad de que este pueda adoptar una decisión respecto del cambio de régimen e incluso, para interponer los derechos del trabajador sobre su interés propio, pues la simple suscripción del formulario de afiliación no implica *per se* que dicha información haya sido suministrada, de allí que no sea necesario que quien alega la ineficacia del traslado deba tener una expectativa legítima para pensionarse, como tampoco ser beneficiario del régimen de transición, precisando que el deber de información, no se prueba con el formulario de afiliación.

De ese modo, al verificar las pruebas recaudadas en el trámite procesal refirió que estaba acreditado en el plenario que se trasladó del ISS al régimen de



ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A., concluyendo la *a-quo* que atendiendo la carga de la prueba en cabeza del fondo privado primigenio, en el asunto de marras no logró demostrar la debida información y buen consejo que debió suministrarle a la actora al momento del traslado, en especial las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, como tampoco las consecuencias que le implicaría trasladarse con destino al régimen de ahorro individual con solidaridad, lo que hace que ese traslado se torne ineficaz, declarando así la ineficacia del traslado, con la consecuente devolución de los emolumentos que esa situación conlleva, a su vez, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a las demandadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. la apeló. Al respecto, manifiesta que, si bien existe un precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia, también lo es, que esa Corporación ha indicado que no se puede aplicar de manera homogénea a todos los casos en que se solicita la nulidad o ineficacia de la afiliación por incumplimiento del deber de información, ya que debe existir una similitud en las condiciones fácticas de cada caso, lo cual no se cumple en el caso de marras, de manera que, se trasladó válidamente de régimen pensional a través de PORVENIR S.A., de manera voluntaria, sin presiones y de conformidad con la normatividad vigente a la fecha del traslado en la que no se exigía información en los términos se reclaman en la demanda.

De otro lado, solicita se revoque la condena por indexación de los valores objeto de devolución, entre otros de los rendimientos del capital que se encuentre en la cuenta de ahorro individual de la demandante, pues se generaría una doble condena por el mismo concepto, conforme lo han expuesto esta Corporación y Tribunal Superior de Cundinamarca - Sala Laboral. Añadió que, al desestimarse las pretensiones de la demanda, debe revocarse la condena por costas y agencias en derecho.

COLPENSIONES en su alzada, solicita se revoque la sentencia de primer grado, ya que el acto jurídico de traslado de régimen de la gestora fue válido y produjo efectos jurídicos, tanto que efectuó aportes al fondo privado, adquiriendo así

obligaciones, por lo que no es posible endilgarle obligaciones a esa entidad como lo ha estimado este Tribunal en otras providencias. Igualmente, señala que no le es posible recibir a una persona que no ha contribuido a ese fondo común de pensiones, pues esa decisión conlleva a la descapitalización del sistema pensional, tópico que ya fue objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional, lo que por demás estaría premiando el desconocimiento de la ley en este tipo de procesos.

En otro giro, solicita se revoque la condena por costas de primera instancia y no se impongan en segunda instancia, ya que siempre ha actuado de buena fe y en aplicación de la normativa vigente, esto es, en apego a la prohibición legal de traslado consagrada en la Ley 797 de 2003, además no tuvo nada que ver con la decisión de la actora de trasladarse a PORVENIR S.A., pues la misma se dio de forma voluntaria, conforme lo indicó en el interrogatorio de parte. Por último, solicita que en caso de confirmarse la sentencia de instancia, se ordene a PORVENIR S.A. que reintegre la totalidad de las cotizaciones.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por



escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

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

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación



introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

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

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



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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación por medio del cual la actora se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. el 18 de abril de 1994, a su vez, se aportan los formularios que igualmente suscribió con ese fondo el 13 de septiembre de 1994, 14 de febrero de 1995 y el 14 de septiembre de 2000, junto con el que suscribió a COLPATRIA el 23 de diciembre de 1999, advirtiéndose que según el reporte SIAFP que obra en el plenario, el primer traslado que se hizo efectivo a ese fondo se dio el 18 de abril de 1994 y fue efectivo a partir el 1º de mayo de 1994. (f. 32 a 36 y 62 archivo 09).

Frente a lo anterior, no sobra advertir que bastante ha dicho la jurisprudencia frente a los formularios que, si bien refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acreditan que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, la demandante señora ADRIANA CORREA BAENA en el interrogatorio de parte a ella practicado, expuso que cuando ingresó a laborar para una empresa de nombre CASUR entre los documentos para la contratación estaba el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., empero, no le dijeron que suscribirlo implicaba cambiarse de régimen pensional, momento en el cual no se encontraba presente ningún asesor de ese fondo, igualmente, adujo que ha recibido extractos del fondo, pero nunca le informaron antes de estar a diez años de la edad de pensión que se podía trasladar, posteriormente, refirió que unos meses después de la afiliación se llevó a cabo una charla grupal y que en esa oportunidad los asesores le dijeron que su pensión en ese fondo sería mejor; por último precisó que su motivación para trasladarse al régimen de prima media en la actualidad, alude al monto de la pensión.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al no obrar prueba alguna que advierta una información de parte de PORVENIR S.A. al momento del traslado de la actora, según lo adoctrinado por 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 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 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 1994, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP PORVENIR S.A., no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen de la promotora.

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

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

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

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

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que 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, es por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de



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

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera respecto de COLPENSIONES, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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 consecencial 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 las impugnantes respecto a la condena en costas, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P. aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, o la que le sea adversa la resolución de la apelación, luego, al haber sido evidente que esas accionadas se opusieron a las pretensiones de la demanda, presentaron excepciones y el recurso interpuesto no salió avante, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas. Al tema, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló sobre el particular:

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

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

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

“Por ello se procederá a Condenar a Old Mutual SA hoy Skandia, a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Paralelamente, se ordenará a Porvenir SA devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Posición esta última que reitera lo indicado con antelación por esa Alta Corporación en sentencia SL5047-2021, Radicación No. 83777 del 25 de octubre del 2021 en la que se indicó lo siguiente:

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

De lo anterior, dimana con claridad que no erró la *a-quo* en la decisión de instancia. Sin embargo, habrá de adicionarse en el sentido de precisar que además de las sumas allí indicadas, entre ellas, lo correspondiente por gastos de administración y seguros previsionales; PORVENIR S.A. debe devolver a COLPENSIONES los aportes al fondo de garantía de pensión mínima que descontó a la demandante durante su vinculación a esa administradora y COLPATRIA, además, se aclara que solo estos tres conceptos serán objeto de indexación al momento de su pago. En lo demás habrá de confirmarse la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

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



RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 4 de diciembre de 2023 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES, además de las sumas allí indicadas, los aportes al fondo de garantía de pensión mínima que descontó a la demandante durante su vinculación a esa administradora y a COLPATRIA, único concepto que junto con los gastos de administración y los seguros previsionales, deben ser indexados al momento de su pago, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión .

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado
ACLARO VOTO

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

**PROCESO ORDINARIO LABORAL No 12 2022 00576 01 DE ADRIANA
CORREA BAENA contra COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 29 de febrero de los corrientes.

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

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

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 **14 2022 00216 01**
Demandante: SANDRA CONSTANZA PEÑA OÑATE
Demandados: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y CONFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada LYDA BIBIANA GIL HERRERA, identificada con cédula de ciudadanía 31.434.97 y T.P. 373.527 del Consejo Superior de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

Igualmente, se reconoce personería para actuar en representación de COLFONDOS S.A. a la abogada SONIA MILENA HERRERA MELO, identificada con cédula de ciudadanía 52.361.477 y T.P. 161.163 del Consejo Superior de la Judicatura.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, en contra de la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2023 por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora SANDRA CONSTANZA PEÑA OÑATE promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.

Lo anterior, a fin de declararse que COLFONDOS S.A. faltó al deber de información de forma clara, completa, veras, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto de las implicaciones que tenía el cambio de régimen pensional y, en general, sobre las prestaciones económicas que obtendría en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; los riesgos, beneficios y desventajas.

Por consiguiente, se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de la AFP COLFONDOS S.A., de allí que los subsiguientes traslados entre administradoras pensional no producen efecto jurídico alguno, encontrándose para todos los efectos jurídicos legalmente afiliada en el régimen público.

Que, como consecuencia de lo anterior, se le ordene a COLPENSIONES reactivar su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, recibiendo los aportes y rendimientos por parte de PORVENIR S.A., así como corregir y actualizar su historia laboral.

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

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, mencionó que nació el 15 de septiembre de 1969, afiliándose al extinto ISS donde efectuó aportes pensionales a través de distintas empresas.

Que, con posterioridad, ante una campaña de desinformación de las AFP, firmó formulario de traslado con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A., afiliación que se llevó a cabo sin el

suministro de una información concreta y veraz de las reales consecuencias que conllevaría su decisión de traslado de régimen pensional.

Refirió que el asesor comercial de COLFONDOS S.A. no le explicó la naturaleza propia del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sus características, diferencias con el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, omitiendo así suministrar información acerca de las ventajas y desventajas sobre el cambio de régimen pensional.

Que al momento del traslado tampoco se le indicó sobre las condiciones que tenía que cumplir en ambos regímenes pensionales para acceder a una pensión teniendo en cuenta las contingencias de vejez, invalidez o muerte, no se le informó acerca de la posible prestación que podría obtener en cualquiera de los dos regímenes, entre otros aspectos desinformativos.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones, arguyendo que la demandante se encuentra válidamente afiliada en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad cuando suscribió formulario de afiliación de manera libre y voluntaria. Asimismo, no puede dejarse de lado que al momento de producirse la afiliación al régimen privado no se encontraba inmersa en las causales de prohibición indicadas por la ley vigente para la época en que se produjo el traslado.

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



COLFONDOS S.A. mencionó en su contestación que como administradora pensional del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad brindó a la demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen pensional y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las deferencias de ambos regímenes pensionales, las ventajas y desventajas, entre otros aspectos.

Impetró las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y la de compensación y pago.

PORVENIR S.A. adujo en su contestación que según se advierte del formulario de afiliación que la actora suscribiera en sus dependencias en el año 2006, allí se advierte una libre escogencia del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, luego de haber recibido información clara, precisa, veraz y suficiente acerca de las características, condiciones y funcionamiento del mismo de conformidad con lo establecido en las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993 y demás disposiciones que regulan la situación.

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

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 28 de septiembre de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto de traslado que hizo la demandante señora SANDRA CONSTANZA PEÑA OÑATE, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS S.A.

Señalando como consecuencia de tal declaración, que ningún efecto jurídico surtió el traslado y por tanto siempre estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A., donde se encuentra afiliada actualmente la demandante, a trasladar a COLPENSIONES, el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluyendo los rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales y comisiones destinados y porcentaje al fondo de garantía de pensión mínima. Sumas que deberán retornarse a COLPENSIONES debidamente indexadas, obligación que también recae en la AFP COLFONDOS S.A.

Imponer esta obligación en igual sentido a COLFONDOS S.A., por el tiempo en que permaneció la demandante a dicha AFP.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES, registrar en la historia laboral de la demandante, los aportes que realizó en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

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

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS de la acción a las partes demandadas. Tásense.”

Para arribar a dicha conclusión, la juzgadora de instancia comenzó por precisar que según la jurisprudencia el presente asunto debía resolverse bajo el régimen de las ineficacias; igualmente, señaló que la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral en sentencias SL 4811-2020, SL557-2021, SL757-2022, entre otras, ha enfatizado que se genera la ineficacia del traslado ante la falta al deber de información por parte de los fondos de pensiones, con antelación al acto de traslado, lo que no se suple con la suscripción del formulario de afiliación, pues a lo sumo ese documento da cuenta de un consentimiento libre de vicios, pero no informado; deber que ya existía desde la expedición de la Ley 100 de 1993.

Por tal razón, coligió que dentro del asunto de marras no se logró acreditar por parte de la AFP una debida asesoría y buen consejo al momento del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS S.A., máxime si se tiene en cuenta que en el interrogatorio de parte rendido por la demandante, la misma no confesó



situación alguna respecto de la debida asesoría deprecada por las demandadas, por lo que declaró la ineficacia del traslado.

Seguidamente, ordenó a PORVENIR S.A., AFP en la que se encuentra afiliada la actora en la actualidad, trasladar con destino de COLPENSIONES todos los saldos depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos financieros y sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales y porcentajes de garantía de pensión mínima, mismos que deben retornar debidamente indexados y que deben asumir de sus propias utilidades, como quiera que el acto jurídico de traslado fue ineficaz, por tanto esos rubros deben ingresar al régimen de prima media con prestación definida como así lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, obligación que recae en igual sentido sobre las AFP de donde se produjo la migración de régimen sobre el tiempo de permanencia en ese fondo, esto es COLFONDOS S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. la apeló. Argumentó en su alzada encontrar inconformidad frente a la indexación ordenada, en tanto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que si bien es cierto consiste en la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma, también debe tenerse en cuenta que dentro de las obligaciones que le incumben cumplir a las administradoras de fondos de pensiones se encuentra la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados, por lo que de proceder dicha condena resultaría incompatible, en la medida que los recursos de la cuenta individual de la actora no se vieron afectados por el fenómeno de la inflación, sino que por el contrario generaron rendimientos.

COLFONDOS S.A. por su parte argumento en su alzada que no se le puede evaluar conforme lo ha decidido el órgano de cierre en cuanto no se realizó un análisis acerca de la excepción de compensación propuesta en lo que atañe a rendimientos y compensación, máxime si la Ley 100 de 1993 no permite este tipo de descuentos y que por demás afecta el principio de congruencia.

COLPENSIONES expuso que la demandante no cumple con los requisitos para trasladarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, teniendo en cuenta que según los preceptos tanto legales como jurisprudenciales, se encuentra dentro de la prohibición legal de que trata la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual indica que el afiliado no podrá trasladarse faltándole 10 años o menos para cumplir la edad pensional, así como que debe absolvérsele de la condena en costas ya que como administradora pensional del régimen público nada tuvo que ver en el negocio jurídico celebrado entre la señora SANDRA CONSTANZA PEÑA OÑATE y las AFP demandadas.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de



1993, que como consecuencia de su violación por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

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

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

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir*

del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

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

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

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



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 fue aportado únicamente el formulario de afiliación que realizara la actora a razón de un traslado horizontal entre COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. el 16 de febrero de 2006 (Fl. 77 – PDF 10 CONTESTACIÓN DEMANDA PORVENIR S.A.). Asimismo, del documento SIAFP expedido por ASOFONDOS se observa que el traslado inicial que efectuó la señora SANDRA CONSTANZA PEÑA OÑATE al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se llevó a cabo el 1º de diciembre de 2001, siendo efectivo a partir del 1º de abril de la misma anualidad (Fls. 73 a 74 – PDF 10 CONTESTACIÓN DEMANDA PORVENIR S.A.), lo que advierte la carencia probatoria de COLFONDOS S.A.

No obstante, es pertinente referir que si en gracia de discusión, el formulario de afiliación define que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acredita que en efecto se haya suministrado de forma 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 SANDRA CONSTANZA PEÑA OÑATE en el interrogatorio de parte a ella practicado no confesó que se le hubiese brindado una asesoría ajustada a derecho, incluidas las implicaciones, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, y otras situaciones de asesoría que entendiera de manera fehaciente la total información suministrada, sin advertirle características propias incluso del mismo Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como la cuenta de ahorro individual, aportes voluntarios, modalidades por vejez dentro del régimen privado, el derecho de retracto, etc.

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

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

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de 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



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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado 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 de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, dado que la AFP COLFONDOS S.A., no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen del promotor.

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

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

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

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

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que 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, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera respecto de COLPENSIONES, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la

Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

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

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

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

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

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

del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

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

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

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

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

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

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas 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, por lo que al retornarse las contingencias referidas, evidente es que existe satisfecho un financiamiento como consecuencia de una posible prestación a la demandante.

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

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

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

*“Por ello se procederá a Condenar a Old Mutual SA hoy Skandia, a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los **gastos de administración, comisiones, y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.** Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

*Paralelamente, se ordenará a Porvenir SA devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por **gastos de administración, comisiones y***



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

De lo anterior, la decisión de primera instancia deberá aclararse. En tal sentido, se dispondrá que PORVENIR S.A., AFP donde se encuentra afiliada actualmente la demandante, devuelva a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, 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. Igualmente, al momento del cumplimiento de dicha 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.

En igual sentido, se ordenará a CONFONDOS S.A., devolver a COLPENSIONES el porcentaje cobrado por gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora.



Finalmente, en lo que respecta al reproche elevado por COLPENSIONES acerca de 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.

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 COLPENSIONES objeto de órdenes concernientes a la declaratoria de ineficacia de la afiliación del demandante en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, por consiguiente, el retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida es palmario que deba imponérseles esta condena, adicional a que en la contestación de la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones.

COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas como quiera que los recursos de apelación no gozaron con vocación de prosperidad.

V. DECISIÓN:

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

RESUELVE:

PRIMERO: ACLARAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, en el entendido de indicar que la AFP PORVENIR S.A. deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Igualmente, al momento del cumplimiento de dicha orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Paralelamente, se ordenará a COLFONDOS S.A. devolver a COLPENSIONES el porcentaje cobrado por gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


Diego Fernando Guerrero Osejo
Magistrado


Luis Carlos González Velásquez
Magistrado
(Aclara voto)


José William González Zuluaga
Magistrado



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

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

PROCESO ORDINARIO LABORAL No 14-2022-00216-01 DE SANDRA CONSTANZA PEÑA OÑATE contra COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 29 de febrero de los corrientes.

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

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

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



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

Ordinario Laboral: 1100131050 15 2022 00017 01
Demandante: CAMILO ALBERTO ESCOBAR GÓMEZ
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES
DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 19 de abril de 2023 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá el 19 de abril de 2023.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor CAMILO ALBERTO ESCOBAR GÓMEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de la UGPP, a fin de que se condene a la encartada a reconocer la pensión de jubilación convencional desde el 22 de septiembre de 2016 de conformidad con lo establecido en el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y la organización sindical SINTRASEGURIDAD SOCIAL el 31 de octubre de 2001.

Asimismo, se le condene a liquidar la mesada pensional teniendo en cuenta una cuantía equivalente al 100% del promedio mensual de lo percibido en los últimos 3 años de servicio por haber adquirido su derecho pensional por el periodo comprendido entre el 1º de enero de 2007 y el 31 de diciembre de



2016, al igual que se tenga en cuenta la diferencia entre dicha prestación convencional y la pagada por COLPENSIONES.

Que se condene el pago de la pensión convencional en 14 mesadas pensionales al año, pago de intereses moratorios en los términos del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, cancelación de la bonificación en el momento de la jubilación señalada en el artículo 103 de la convención, indexación, costas procesales y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que laboró al servicio del ISS por el periodo comprendido entre el 8 de noviembre de 1989 y el 30 de noviembre de 2012, ostentando la calidad de trabajador oficial, así como que nació el 22 de septiembre de 1961, cumpliendo 55 años de edad el mismo día y mes de 2016.

Por consiguiente, alude ser beneficiario de los requisitos pensionales dispuestos en los artículos 98 y 103 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y la organización sindical SINTRASEGURIDAD SOCIAL el 31 de octubre de 2001.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La UGPP contestó la demanda con oposición a las pretensiones, argumentando para lo pertinente que la convención deprecada fue derogada en virtud de la ley, como quiera que en tratándose de derechos adquiridos en el marco del artículo 18 del Decreto 1750 de 2003, estos solo cobijan aspectos prestacionales y omiten los salariales, excluyendo además prerrogativas de la convención.

Que en la convención se determinó que durante su vigencia los contratos de trabajo regían conforme al artículo 467 del C.S.T., lo que implica que solo es aplicable en materia pensional mientras el trabajador reúna los requisitos de edad y tiempo en este término, de allí que al pretender el actor el cumplimiento de los requisitos para el año 2016 la convención ya había perdido vigencia.



Expuso que, desde otro punto de vista, debe indicarse que el Acto Legislativo 01 de 2005, en su artículo 1º, párrafo 3º, dispuso que las prestaciones pactadas de forma extralegal entre los empleadores y trabajadores serían garantizadas; sin embargo, el referido acto legislativo también pone un límite temporal al reconocimiento de las prestaciones convencionales que lo fue el 31 de julio de 2010.

Formuló como medios exceptivos los denominados prescripción, buena fe y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 19 de abril de 2023 absolvió a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, indicó el operador de instancia que de conformidad con lo establecido en los artículos 3º y 98 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y la organización sindical SINTRASEGURIDAD SOCIAL, el Acto Legislativo 01 de 2005, así como los postulados jurisprudenciales emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, dicho texto convencional mantiene su vigencia con posterioridad al 31 de julio de 2010.

Seguidamente, expuso el *a-quo* que teniendo en cuenta los requisitos pensionales de índole extralegal dispuestos en el artículo 98 del texto convencional, el demandante señor CAMILO ALBERTO ESCOBAR GÓMEZ laboró en periodos discontinuos para el ISS en el cargo de Odontólogo General a partir del 8 de noviembre de 1989 y hasta el 30 de noviembre de 2012, al igual que, cumplió 55 años de edad el 22 de septiembre de 2016 como quiera que nació el mismo mes y año de la anualidad 1961.

Que no obstante lo anterior, el actor ostentó la calidad de empleado público por el periodo comprendido entre el 17 de mayo de 1994 y el año de 1996, y a partir del 3 de diciembre de esta última anualidad hasta el 30 de noviembre de



2012 se desempeñó como trabajador oficial, esto es, por espacio de 15 años y 11 meses.

Que por tal razón, teniendo en cuenta la postura de la alta Corporación de cierre, el artículo 98 del texto convencional requiere que el cumplimiento de los 20 años de edad deben ser laborados por el trabajador en su calidad de trabajador oficial y no como empleado público, sin ser así beneficiario de la prestación de carácter extralegal y, en tal sentido, absolvió sobre las súplicas de la demanda.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Argumentó en su alzada que debe hacerse un estudio pormenorizado del caudal probatorio acreditado en juicio, ello teniendo en cuenta que fueron desconocidos los certificados laborales expedidos por el ISS en el año 2008 y 2021, donde se establece que desde el 7 de abril de 1992 hasta el 7 de abril de 2012 ostentó la calidad de trabajador oficial, cumpliendo así a cabalidad con los 20 años de servicios al ISS en calidad de trabajador oficial, siendo así merecedor de la pensión convencional.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá auscultarse si el demandante señor CAMILO ALBERTO ESCOBAR GÓMEZ 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.



c. Del análisis del caso en concreto:

Previo al análisis del asunto *sub-examine*, sea lo primero indicar que no fue objeto de reproche que el aquí demandante solicitó a la UGPP la pensión de jubilación convencional aquí deprecada, la cual fue negada por la entidad a través de las Resoluciones RDP 021659 del 24 de agosto de 2021 y RDP 030594 del 10 de noviembre de 2021, argumentando la entidad en términos generales que el pacto convencional había perdido su vigencia teniendo en cuenta lo establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005 (Fls. 22 a 25 y 37 a 44 – PDF 03 PRUEBAS).

d. Del requisito pensional extralegal establecido en el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el extinto ISS y la organización sindical SINTRASEGURIDAD SOCIAL 2001-2004:

Pretende el demandante se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional establecida en el artículo 98 de la Convención Colectiva suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL, vigente entre 2001-2004, disposición convencional 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 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.

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. De modo que, 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 indicaba que vencía el 31 de octubre de 2004, lo cierto es que de acuerdo a la norma en cita continua vigente, toda vez que no se 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, entendiéndose bajo ese escenario que se ha venido prorrogando por periodos sucesivos de 6 meses.

Sin embargo, no puede pasarse por alto que el parágrafo transitorio 3º del Acto Legislativo 01 de 2005, señaló sobre la vigencia de las pensiones establecidas en convenciones colectivas de trabajo, pactos colectivos, laudos arbitrales o acuerdos válidamente celebrados, lo siguiente:

“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”.*

Precepto legal del que se extrae 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 en el que se cambió 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, es decir, las que se prorrogaron automáticamente en el tiempo, mantenían vigencia incluso con posterioridad al 31 de julio de 2010, luego, gozaban de validez y aplicación. Así lo asentó:

“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 cubra 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 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.

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 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 en los precisos términos del *petitum*, esto es, que se le reconozca la prestación aplicando una tasa de reemplazo del 100% del promedio de lo percibido durante los últimos tres años de servicios, ello en atención a que sostiene que acredita los 20 años de servicios que exige el acuerdo convencional para acceder a la pensión de jubilación que allí se enlista.

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 y el registro civil de nacimiento del actor, el mismo nació el 22 de septiembre de 1961, cumpliendo así 55 años de edad el mismo día y mes de la anualidad 2016, por lo que en principio debe aplicarse lo reglado en el numeral 2º del articulado en mención toda vez que ostentó la edad entre el 1º de enero de 2007 y el 31 de diciembre de 2016 (Fls. 3 y 7 a 8 – PDF 03 PRUEBAS).

Otro aspecto relevante a analizar es el tiempo de servicios como trabajador oficial, el cual, confrontando en forma minuciosa el expediente, conforme da cuenta el Certificado Electrónico de Tiempos Laborados CETIL expedido el 17 de junio de 2021, dicha documental advierte que el señor CAMILO ALBERTO ESCOBAR GÓMEZ laboró al servicio del ISS en los siguientes periodos (Fls. 9 a 14 – PDF 03 PRUEBAS):

_ Por el periodo comprendido entre el 8 de noviembre de 1989 y el 24 de enero de 1990 como empleado público desempeñando el cargo de Odontólogo.

_ Por el periodo comprendido entre el 4 de junio y el 4 de julio de 1990 como empleado público desempeñando el cargo de Odontólogo.

_ Por el periodo comprendido entre el 16 de julio y el 14 de agosto de 1990 como empleado público desempeñando el cargo de Odontólogo.



_ Por el periodo comprendido entre el 3 de septiembre y el 21 de septiembre de 1990 como empleado público desempeñando el cargo de Odontólogo.

_ Por el periodo comprendido entre el 2 y el 25 de julio de 1991 como empleado público desempeñando el cargo de Odontólogo.

_ Por el periodo comprendido entre el 2 y el 6 de diciembre de 1991 como empleado público desempeñando el cargo de Odontólogo.

_ Por el periodo comprendido entre el 23 de diciembre de 1991 y el 22 de enero de 1992 como empleado público desempeñando el cargo de Odontólogo.

_ Por el periodo comprendido entre el 24 de marzo y el 6 de abril de 1992 como empleado público desempeñando el cargo de Odontólogo.

_ Por el periodo comprendido entre el 7 de abril de 1992 y el 6 de abril de 1993 como empleado público desempeñando el cargo de Odontólogo.

_ Por el periodo comprendido entre el 7 de abril de 1993 y el 6 de abril de 1994 como empleado público desempeñando el cargo de Odontólogo.

_ Por el periodo del 29 de abril de 1994 como empleado público desempeñando el cargo de Odontólogo.

_ Por el periodo comprendido entre el 2 y el 6 de mayo de 1994 como empleado público desempeñando el cargo de Odontólogo.

_ Por el periodo comprendido entre el 17 de mayo de 1994 y el 16 de mayo de 1995 como empleado público desempeñando el cargo de Odontólogo.

_ Por el periodo comprendido entre el 22 de mayo de 1995 y el 21 de mayo de 1996 como empleado público desempeñando el cargo de Odontólogo.



_ Por el periodo comprendido entre el 15 y el 22 de enero de 1996 tuvo una interrupción.

_ Por el periodo comprendido entre el 29 de mayo y el 28 de noviembre de 1996 como empleado público desempeñando el cargo de Odontólogo.

_ Por el periodo comprendido entre el 3 de diciembre de 1996 y el 30 de noviembre de 2012 como trabajador oficial desempeñando el cargo de Odontólogo.

Significa lo anterior, que de la documental en comento se colige que el tiempo laborado por el actor al servicio del extinto ISS como Odontólogo y en calidad de trabajador oficial abarcó por el periodo comprendido entre el 3 de diciembre de 1996 y el 30 de noviembre de 2012, esto es, por espacio de 15 años, 11 meses y 28 días.

En tal sentido, palmario resulta que el actor no acreditó los 20 años como trabajador oficial como así lo establece el artículo 98 de la convención objeto de reproche, sin que el tiempo de servicios como empleado público pueda ser tenido en cuenta para lo pertinente, así lo ha sostenido la alta Corporación en sentencia SL3170-2022, Radicación No. 91073 del 6 de septiembre de 2022, donde 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:

“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:

[...] 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.

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 20 años de servicios como trabajador oficial, 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 que conlleva a su vez a que no se configuren los requisitos para el reconocimiento y pago de la pensión convencional, situaciones todas por lo que la decisión de primera instancia habrá de revocarse en su integridad.

Ahora, si bien la parte demandante arguye en el recurso de alzada que yacen las certificaciones que expidiera el PAR ISS con radicaciones No. 1032 del 7 de

julio de 2021 y 1105 del 5 de agosto de 2021, así como la expedida por el extinto ISS el 28 de febrero de 2008, las cuales advierten que el actor se desempeñó como trabajador oficial en el cargo de Odontólogo por el periodo comprendido entre el 7 de abril de 1992 y el 30 de noviembre de 2012, es decir, por espacio de 20 años, 7 meses y 24 días (Fls. 15 y 16 a 17 – PDF 03 PRUEBAS y PDF 21 PRUEBAS), tal tópico a juicio de la Sala no resulta suficiente para desestimar la certificación de tiempos laborados CETIL referida en precedencia, la cual por demás la regula LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y que determina los verdaderos tiempos laborados por el demandante.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL SL523-2019, Radicación No. 65837 del 23 de octubre de 2021, rememoró la postura que ha venido manteniendo en decisiones anteriores con ocasión al análisis de las certificaciones laborales, puntualizando lo siguiente:

“En relación a la valoración de esta clase de documentos, la Corte se pronunció en sentencia CSJ SL 8 mar. 1996, rad. 8360, reiterada en las sentencias CSJ SL, 23 sep. 2009 rad. 36748; CSJ SL, 24 ago. 2010 rad. 34393; CSJ SL, 30 abr. 2013 rad. 38666; CSJ SL17514-2017, SL2023-2018 y SL4794-2018, en la primera de las citadas la Sala puntualizó:

*“(…) El demandante en el interrogatorio de parte admitió que solicitó para diligencias particulares de él las constancias que le expidiera el demandado sobre tiempo de servicios y salario, pero no dijo que su contenido fuera inexacto o contrario a la realidad que de ellas emerge. El juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, ya sea, como en este caso, sobre el tiempo de servicios y el salario, o sobre otro tema, pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial o que el juez cohoneste este tipo de conductas eventualmente fraudulentas. **Por esa razón, la carga de probar en contra de lo que certifique el propio empleador corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no deje sombra de duda, de manera que, para destruir el hecho admitido documentalmente, el juez debiera acentuar el rigor de su juicio valorativo de la prueba en contrario y no atenerse a la referencia genérica que haga cualquier testigo sobre constancias falsas de tiempo de servicios y salario o sobre cualquier otro tema de la relación laboral...**”.*

Es por ello que, según lo enunciado, en atención de la libre apreciación probatoria con que cuenta el Juez Laboral al tenor de lo estatuido en el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., se tiene como base piramidal para la presente decisión



de absolución que fue LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO a través de la certificación laboral del CETIL que confrontó los verdaderos tiempos laborados por el señor CAMILO ALBERTO ESCOBAR PACHECO, determinando que los servicios prestados en su calidad de trabajador oficial fueron por espacio de 15 años, 11 meses y 28 días, comprendidos entre el 3 de diciembre de 1996 y el 30 de noviembre de 2012; circunstancia por la cual, puede concluirse que no hay lugar al derecho prestacional de índole extralegal perseguido.

Lo anterior, también conlleva a que el actor no sea beneficiario de la bonificación dispuesta en el artículo 103 de la convención, la cual dispone:

“BONIFICACIÓN EN EL MOMENTO DE LA JUBILACIÓN

El Instituto reconocerá y pagará a los trabajadores oficiales que se retiren por haber adquirido o dejado establecido en forma legal el derecho a la pensión de jubilación, una bonificación equivalente a dos (2) meses de salario liquidado con base en el salario que devengue el trabajador al momento de su retiro siempre y cuando haya laborado para el Instituto un mínimo de diez (10) años continuos o discontinuos.”

Esto en virtud a que, según lo expuesto, no es beneficiario de la prestación por no acreditar el requisito de los 20 años conforme a lo expuesto; circunstancia por la cual, la sentencia de primera instancia habrá de confirmarse en su integridad.

COSTAS en esta instancia correrán a cargo del demandante toda vez que su recurso de alzada no gozó con vocación de prosperidad.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:



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

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor la UGPP. Fíjense como valor de agencias en derecho la suma de \$300.000, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



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

Ordinario Laboral 1100131050 15 2022 00514 01
Demandante: MARTA LUCIA CRIOLLO LÓPEZ
Demandados: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de PORVENIR S.A. al abogado LUIS EDUARDO CALDERÓN PASTRANA, identificado con cédula de ciudadanía 1.004.155.816 y T.P. 406.102 del Consejo Superior de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y la demandada COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 28 de agosto de 2023 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 MARTA LUCIA CRIOLLO LÓPEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin que se declare la ineficacia del traslado que realizó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A. en 1997, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a COLPENSIONES tenerla como afiliada en el régimen de prima media con prestación definida como si nunca se hubiese trasladado. Además, se declare que causó los requisitos para tener derecho a la pensión reconocida mediante Resolución No. 71769 de 7 de marzo de 2016, y que tiene derecho a que se le reliquide dicha prestación a partir del 2 de enero de 2017 conforme lo normado en el Decreto 758 de 1990.

En consecuencia, pretende se condene a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los aportes efectuados, junto con los rendimientos, bonos pensionales, y cuotas de administración. Igualmente, se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar a su favor la reliquidación de la pensión de vejez a partir del 2 de enero de 2017, teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 90% sobre el IBL de los últimos diez años, según lo establecido en el Decreto 758 de 1990 en concordancia con lo normado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, más los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 por el retardo en la reliquidación, junto con la indexación. Por último, solicita se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que nació el 9 de mayo de 1951, alcanzando la edad de 55 años el mismo día y mes de 2006, y que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el 6 de septiembre de 1990, destacando que al 1º de abril de 1994 contaba con más de 35 años de edad. Asimismo, refirió que a finales de 1997 se trasladó del Régimen de Prima Media Con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., sin que el asesor le brindara información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban en ambos regímenes pensionales, y sin que se hiciera un estudio de su situación particular, pues solo se le ilustró sobre los beneficios que podría obtener al cambiarse de régimen pensional.



Seguidamente, aludió que al 25 de julio de 2005 contaba con más de 750 semanas cotizadas, pues había cotizado 1075 semanas y que el 16 de octubre de 2014 solicitó a COLPENSIONES su traslado al Régimen de Prima Media, pedimento que fue aceptado por la entidad el 1º de diciembre de 2014, la cual procedió con su traslado a ese régimen. De la misma forma, señala que con las semanas que ha cotizado al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones desde el 8 de marzo de 1977 hasta el 1º de enero de 2017, alcanza un total de 1.663 semanas cotizadas; es decir, 32 años, 3 meses y 29 días.

En virtud de lo anterior, solicitó a COLPENSIONES la pensión de vejez, la cual fue reconocida mediante Resolución GNR71769 de 7 de marzo de 2016, en cuantía inicial de \$4.794.996 teniendo como base 191 semanas y una tasa de reemplazo del 75.92% conforme lo reglado en la Ley 797 de 2003, condicionando el ingreso a nómina hasta que acreditara el retiro, decisión en contra de la cual interpuso los recursos de reposición y apelación.

Así las cosas, mediante Resolución GNR141697 de 13 de mayo de 2016, COLPENSIONES desató el recurso de reposición, modificando la resolución recurrida, y en su lugar reliquidó la pensión de vejez en cuantía de \$4.881.709, manteniendo el condicionamiento del ingreso a nómina al retiro efectivo del servicio. A su vez, a través de Resolución VPB 28595 del 11 de julio de 2016 al resolver el recurso de apelación, modificó el monto en suma de \$4.963.910.

No obstante, el 4 de octubre de 2016 solicitó nuevamente la reliquidación de la pensión de vejez, por lo que a través de la Resolución GNR 22686 de 18 de enero de 2017, COLPENSIONES decidió reconocer la pensión de vejez a partir del 2 de enero de 2017 en cuantía de \$5.646.117. Adicionalmente, sostuvo que esa demandada mediante Resolución SUB230809 de 26 de agosto de 2022, decidió remitir a la Dirección de Procesos Judiciales de la Gerencia de Defensa Judicial de la Vicepresidencia de Operaciones del Régimen de Prima Media de dicha entidad, para que se iniciaran acciones legales en su contra.

Lo anterior, con fundamento en que su traslado del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media fue no válido, pues a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no acreditaba 15 años de servicio. Finalmente,



indica que se retiró del servicio el 1º de enero de 2017, momento en el que tenía cumplida la edad y las cotizadas las semanas exigidas en la ley; y que agotó la reclamación administrativa a través de petición radicada ante COLPENSIONES el 18 de octubre de 2022 la cual negó su solicitud. (f. 5 a 14 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. contestó con oposición a las pretensiones de la demanda encaminadas a la ineficacia del traslado, la indexación de las sumas adeudadas y las costas, sobre las demás dijo no oponerse ni allanarse. Al respecto, expuso que el traslado de la gestora a ese fondo goza de completa validez, dado que le informó acerca de las características que componían el RAIS y el RPM, a fin de que tomara una decisión libre y voluntaria acerca del traslado. Agregando que la obligación de explicar a los afiliados las consecuencias del traslado de régimen, nació a partir del inciso 4º del artículo 3º del Decreto 2071 de 2015, por lo que no es dable que la actora pretenda imponer una carga adicional que para la fecha del traslado entre regímenes no estaba a cargo de las AFP.

En su defensa propuso las excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (f. 2 a 20 archivo 05)

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que la declaratoria de ineficacia conllevaría implícito el retorno de la demandante al régimen de prima media, por lo que se atiene a lo que resulte probado. Sin embargo, agregó que ésta se encuentra válidamente pensionada con esa administradora, y que ya giró el retroactivo pensional a la promotora.

Formuló como medios exceptivos el de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y la declaratoria de otras excepciones. (f. 2 a 10 archivo 06).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 28 de agosto de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR INEFICAZ la afiliación o traslado efectuado por la señora demandante MARTHA LUCIA CRIOLLO LOPEZ del régimen de prima media al régimen de ahorro individual el día 31 de octubre del año 1997, a través de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. y como consecuencia de lo anterior ORDENAR a la dicha AFP, trasladar los recursos o sumas que obran en su cuenta de ahorro individual, correspondiente a los aportes, los rendimientos financieros, los gastos de administración previstos en el literal q del artículo 13 y artículo 20 de la ley 100 de 1993, comisiones, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, y demás recursos que no haya trasladado ya en el año 2014 a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES; momento en que se trasladó por otros motivos la demandante, conforme se expuso en la parte motiva.

Estos recursos deberán trasladarse a COLPENSIONES, la cual deberá recibirlo y acreditarlos en la historia laboral de la demandante, su condición actual de afiliada, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al régimen de ahorro individual, conforme se expuso en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR que la señora demandante es beneficiaria del régimen de transición y como consecuencia de la declaratoria de esta ineficacia, no perdió este régimen de transición y tiene derecho a pensionarse conforme al Acuerdo 049 de 1990 y bajo dicha preceptiva legal.

TERCERO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES S.A al reconocimiento de la pensión de vejez a favor de la señora MARTHA LUCIA CRIOLLO LOPEZ, reconocida mediante resolución GNR 22686 del 18 de enero del año 2017, a partir del 2 de enero del año 2017 en un valor que debe corresponder a la suma de \$6.736.716 y no el valor que reconoció de \$5.646.118, ORDENAR pagar las diferencias que se han venido causando entre el valor inicialmente reconocido y el que se reconoce con esta providencia, a este nuevo valor pensional se le harán los incrementos que ha dispuesto el gobierno nacional y hasta su inclusión en nómina, conforme el valor que corresponda en el momento de la inclusión en nómina, esta prestación pensional teniendo en cuenta la fecha de la causación para el año 2006 y la cuantía de la misma se reconocerá en trece (13) mesadas pensionales anuales.

CUARTO: ORDENAR que este retroactivo que se reconozca a la señora demandante, se pague debidamente indexado desde la fecha de causación de cada uno y hasta su momento efectivo de pago y del mismo AUTORIZAR descontar lo correspondiente a los aportes a seguridad social previsto el artículo 204 de la Ley 100 de 1994.

QUINTO: DECLARAR DEMOSTRADA la excepción de prescripción sobre las



diferencias pensionales causadas con anterioridad al 18 de octubre del año 2019, conforme se expuso en la parte motiva.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a la AFP PORVENIR para el efecto se fija como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a un (1) salario mínimo legal vigente para el año 2023. SIN COSTAS respecto a COLPENSIONES.

SEPTIMO: ABSOLVER a la parte demandada COLPENSIONES S.A de los intereses moratorios previstos en los artículos 141 de la Ley 100 de 1993 y sobre las mismas DECLARAR demostrada la excepción de inexistencia de la obligación, DECLARAR no demostradas las demás excepciones propuestas por las partes demandadas y si la presente providencia no fuere impugnada, se remitirán las diligencias al Superior para que las revise en el grado jurisdiccional de consulta dada la naturaleza jurídica de Colpensiones.”

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* comenzó por memorar que la promotora del litigio solicitaba la ineficacia del traslado y la reliquidación de la prestación que le reconoció COLPENSIONES, lo cual le otorgaba competencia para resolver de fondo el asunto. Así las cosas, al analizar lo atinente a la ineficacia del traslado mencionó lo previsto el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y en el artículo 271 *ejusdem*, para precisar que la consecuencia para una afiliación que no cumple los presupuestos de libertad y voluntariedad, es que la misma quede sin efecto.

Continuó exponiendo que la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado una amplia línea jurisprudencial sobre el deber de información desde el año 2008, entre otras, en las sentencias SL3383 de 2011, SL2611 de 2020 y SL373 de 2021 que negó una ineficacia de traslado por encontrarse pensionado en el RAIS, además de la SL800 de 2022, las cuales abordan el tema del deber de información y sus diferentes etapas de evolución y la carga de la prueba a cargo de los fondos privados en el evento en que sostenga el afiliado que no le suministro información sobre las consecuencias del traslado, esto en consonancia con lo establecido en el artículo 1604 del Código Civil.

A su vez, agregó que las AFP desde su creación tienen a su cargo el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. En esa medida, y aplicados dichos presupuestos legales y jurisprudenciales al caso bajo estudio, después de analizar las pruebas



recaudadas en el trámite procesal concluyó que PORVENIR no acreditó que haya cumplido con el deber de información al momento del traslado de la demandante, lo cual no se prueba con el formulario de afiliación, máxime cuando en el presente asunto no se probó que se le hayan explicado aspectos trascendentales como el régimen de transición y el hecho que podría ser beneficiaria del mismo en razón a la edad, aunado a que si bien la demandante sea abogada, ello en nada desdice de la obligación del fondo, pues la norma no establece de que ese deber no aplique para una u otra profesión.

En cuanto a la excepción de prescripción frente a la ineficacia del traslado la declaró no probada por tratarse de una pretensión declarativa y que además que está ligada a un derecho pensional que es imprescriptible e irrenunciable. En consecuencia, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado que efectuó la actora al RAIS el 31 de octubre de 1997, con la devolución de los recursos que obren en la cuenta individual de ahorro de la actora, excepto lo correspondiente a seguros previsionales dado que están consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, y son recursos que se destinaron a un tercero que protegió a la demandante en su momento ante los riesgos de invalidez y muerte.

En otro giro, refirió que declarada la ineficacia del traslado se considera como si nunca se hubiera trasladado al RAIS, por lo que procedió a analizar la condición de beneficiaria del régimen de transición de la demandante, la cual solicita la reliquidación de la pensión que le fue otorgada por el fondo público.

Al respecto, adujo que esa entidad en las diferentes resoluciones que expidió había aceptado la condición de beneficiaría al régimen de transición de la demandante, sin embargo, con sustento en el traslado de régimen que había realizado negó que fuera beneficiaria del mismo, explicando que solo en caso de mantenerlo a razón del tiempo de servicios podía recuperarlo conforme lo dicho en sentencia SU062 de 2010, entre otras.

Así las cosas, refirió el *a-quo* que la gestora al 1º de abril de 1994 tenía cerca de 40 años, en tanto, nació el 9 de mayo de 1951, conservando el régimen de transición por edad conforme lo previsto en artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Añadió que de acuerdo al párrafo transitorio del Acto Legislativo 01 del



2005, al 31 de julio de 2010 completó los requisitos exigidos para tener derecho a la pensión según lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, en tanto cumplió la edad de 55 años el 9 de mayo de 2006, y al verificar la historia laboral acredita un total de 1639 semanas de las cuales al 9 de mayo de 2006, contaba con 1073 semanas de las 1000 exigidas, causando así la prestación pensional en esa calenda, prestación que se hizo exigible a partir del 2 de enero de 2017. Por lo que procede la reliquidación de la pensión que le fue reconocida conforme lo dispuesto en la Ley 797 de 2003, bajo los presupuestos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990.

Entonces, aplicada una tasa de reemplazo del 90% por tener más de 1250 semanas al 2014, al mismo IBL que obtuvo la entidad de \$7.485.240 al no ser objeto de discusión, esa operación arroja una mesada de \$6.136.716 a partir del 2 de enero del 2017 y no de \$5.646.116 como le fue reconocida, de lo que se obtiene una diferencia de \$1.090.600 pesos. Diferencias sobre las cuales declaró probada la excepción de prescripción frente a las generadas con antelación al 18 octubre de 2019; dado que presentó reclamación el mismo día y mes de 2022, y presentó la demanda en 2022.

Negó la condena por intereses moratorios, al no ser procedente en procesos en donde a razón de la ineficacia del traslado, surge el derecho a la reliquidación por tratarse de un cambio jurisprudencial, en su lugar, ordenó la indexación de las diferencias hasta el momento efectivo del pago, acotando que sobre ese nuevo valor de efectuarían los incrementos de ley, por último, condenó en costas a PORVENIR S.A., y se abstuvo de impartir condena en tal sentido frente a COLPENSIONES en tanto, no participó en el traslado de régimen de la gestora, reiterando que solo a razón de la ineficacia se hizo beneficiaria del régimen de transición.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Al respecto, solicita se revoque la absolución frente a los intereses moratorios a partir del 2 de enero del año 2017, dado que si bien COLPENSIONES no participó en el traslado al RAIS y tampoco se opuso a su regreso al régimen de prima media, se ha visto perjudicada dado que su pensión fue reconocida con unas



condiciones inferiores a las que realmente le correspondían, y por ello debía recuperar su régimen de transición el cual había perdido por el traslado.

Adujo que la Corte Suprema de Justicia ha indicado que esa administradora puede repetir contra los fondos privados por las consecuencias negativas de tipo económico que pueda sufrir por las ineficacias de los traslados efectuados al RAIS ante la omisión del deber de información; de manera que, en su caso se le deben tasar sus perjuicios con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, los cuales debe asumir COLPENSIONES y repetir contra el fondo para que se los devuelva a fin de que no se vea perjudicada la estabilidad financiera del sistema, perjuicios que ya sufre a razón de la prescripción que le fue declarada por las diferencias pensionales de 2017 a 2019.

Adicionalmente, solicita se revise el valor en el que fueron determinadas las costas del proceso, ya que al verificar el valor de la reliquidación asciende a más de \$80.000.000 por lo que deben ser establecidas conforme las tarifas fijadas por el Consejo Superior de la Judicatura para esta clase de procesos.

COLPENSIONES en su apelación, expuso que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la ineficacia del traslado no puede predicarse respecto de todos los casos de manera automática, sino que deben examinarse las circunstancias especiales de cada caso, sin que pueda operar frente a situaciones en las que la prestación pensional no colma las expectativas de tipo económico del afiliado.

Agregó que en el presente asunto el traslado de régimen de la actora en 1997 se dio de manera autónoma y libre, refiriendo que del interrogatorio de parte que rindió la demandante se puede extraer que esa entidad nunca le sugirió que se cambiara de régimen, y que PORVENIR le brindó asesoría directa a través de sus funcionarios, sin que se evidencie coacción para llevar a cabo el traslado de lo cual da cuenta la suscripción por parte de ésta del formulario de afiliación, siendo entonces claro el suministro de información a la promotora, lo que se ratifica con su permanencia en ese régimen.

Frente a la carga de la prueba, señaló que no se pueden exigir pruebas inexistentes para la época de los hechos, ya que la información se brindaba de



forma verbal y con la firma del formulario se entendía el consentimiento informado otorgado por el afiliado, sin que se pueda exigir un documento adicional al formulario que se aporta, por lo que solicita se revoque la sentencia de instancia, y no se le impongan condena en costas dado que siempre ha actuado de buena fe y solo es un tercero que nada tuvo que con el traslado del régimen.

Sin embargo, refirió que en caso de confirmarse la decisión de primer grado solicita se mantengan las condenas impuestas a PORVENIR, en el entendido que debe reintegrar la totalidad de las cotizaciones que recibió, más los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, bonos pensionales, seguros provisionales y gastos de administración, y se condicione el cumplimiento de la sentencia hasta tanto ese fondo no reintegre todos los recursos y actualice la información de la demandante en su base 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, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó la demandante, en caso positivo, si proceden las demás pretensiones que eleva en el *petitum*.

c. De la ineficacia del traslado:

Previo a abordar el caso bajo estudio, conviene mencionar que en el *sub lite* no se discute por las partes que la demandante nació el 9 de mayo de 1951; por lo que a la entrada en vigencia del régimen de transición el 1º de abril de 1994, contaba con más de 35 años de edad; además, que se afilió al régimen de prima media con prestación definida el 6 de septiembre de 1990 y se trasladó al



régimen de ahorro individual con solidaridad a través de HORIZONTE el 31 de octubre de 1997; y que solicitó su traslado de nuevo al RPMD el 16 de octubre de 2014 acogiéndose a lo establecido en la sentencia SU-062 de 2010, el cual fue aceptado por el ISS – COLPENSIONES desde el 1º de diciembre de 2014.

Asimismo, que mediante Resolución GNR 71769 de 7 de marzo de 2016 esa administradora le reconoció a la promotora pensión de vejez bajo los parámetros de la Ley 797 de 2003, la cual quedó supeditada al retiro del servicio, prestación que se materializó mediante Resolución GNR22686 de 18 de enero de 2017, a partir del 2 de enero de 2017. Sin embargo, hacia el año 2022 COLPENSIONES encontró que la activa no acreditaba 15 años de servicios a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 conforme se exige en la sentencia SU-062 de 2010, por lo que de no autorizar a la entidad la revocatoria de los actos administrativos que reconocieron su pensión, remitiría las diligencias al área encargada para que proceder con lo de su competencia, según se indica en Resolución APSUB 1836 de 18 de julio de 2022. (f. 16, 38 a 43, 59 archivo 01).

En virtud de lo anterior, la Sala debe aclarar que si bien el órgano de cierre de esta especialidad ha referido que no es posible declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional cuando ya se tiene la calidad de pensionado (sentencia SL373-2021), por tratarse de un hecho consumado que no es viable retrotraer, no puede soslayarse, que en casos en donde la prestación económica no fue reconocida por el fondo pensional respecto del cual se discute la eficacia de la afiliación, sino por el cual se quiere *validar la afiliación en pensión*; es viable examinar el caso conforme se dijo en sentencia SL2159-2022, Radicación No. 67556 de 11 de mayo de 2022; en la que se estudió asunto de similares contornos al que ocupa la atención de este Juez Colegiado, de manera que, al encontrarnos en un caso en donde se debaten aspectos como la falta al deber de información al momento del traslado, omisión que truncó la posibilidad de ser beneficiaria del régimen de transición, es viable avanzar con el análisis del caso de marras.

Precisado lo anterior, procede la Sala a desatar el problema jurídico planteado, ante lo cual debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del



Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

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

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del

Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

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

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



estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente se allegó al informativo el formulario de afiliación mediante el cual se trasladó la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A. el 31 de octubre de 1997, vinculación que se hizo efectiva el 1º de diciembre de 1997, según el reporte SIAFP. (f. 21 y 47archivo 05). No



obstante, huelga mencionar que, si bien el formulario refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, la demandante MARTA LUCIA CRIOLLO LÓPEZ en el interrogatorio de parte a ella practicado, expuso que actualmente se encuentra pensionada por parte de COLPENSIONES, que es abogada especializada en derecho financiero y que para el momento del traslado se encontraba al servicio del Banco Ganadero, en donde se desempeñaba como asesora jurídica, lugar a donde arribó un asesor de HORIZONTE, quien le dijo que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES sería liquidado, por lo que sus aportes estaban en riesgo, siendo la mejor opción trasladarse a ese fondo, señalándole algunos beneficios, como que se pensionaría con una mesada mejor y que lo podía hacer de forma anticipada. Sobre su retorno a COLPENSIONES conforme la sentencia SU-062 de 2010, dijo que lo solicitó por cuanto consideraba que tenía derecho al régimen de transición y así fue aceptado por la entidad.

El representante legal de la demandada PORVENIR S.A., señor MIGUEL ÁNGEL CADENA MIRANDA, en el interrogatorio de parte que depuso, señaló que la entidad no cuenta con otro documento diferente al formulario de afiliación relacionado con el traslado de la actora.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, aunado a que no obra prueba alguna que advierta una debida información de parte de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. al momento del traslado de la demandante, de modo que, según lo adocinado por 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 que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen de la promotora.

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

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

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

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

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no



hubiera ocurrido, lo que 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, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado, debe indicarse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló sobre el particular:

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

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

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993,



dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.

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

En lo atinente a la inconformidad que presenta la parte actora, frente al monto de las costas en su alzada, debe indicarse que esta no es la oportunidad procesal para debatir tal aspecto, conforme lo reglado en el artículo 366 del C.G.P., por lo que no se profundizará sobre ese punto.

Ahora bien, respecto a la condena en costas frente a la cual COLPENSIONES señala que no resulta procedente en casos como el presente, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio o al que se le resuelva de manera desfavorable el recurso de apelación, luego, en tal evento resulta viable tal condena. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, ha señalado:

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

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

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

“Por ello se procederá a Condenar a Old Mutual SA hoy Skandia, a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Paralelamente, se ordenará a Porvenir SA devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Postura que reitera lo expuesto previamente sobre el particular por esa Alta Corporación entre otras, sentencia SL5047-2021, Radicación No. 83777 del 25 de octubre del 2021 en la que se había indicado lo siguiente:

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

De lo anterior, dimana con claridad que no erró el *a-quo* en la decisión de declarar la ineficacia del traslado. Sin embargo, estima la Sala necesario modificar y adicionar el numeral primero de la sentencia de primer grado, en el sentido de precisar que la demandada PORVENIR S.A., deberá devolver a COLPENSIONES los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, correspondiente a los aportes y bonos pensionales de ser el caso, solo en el evento en que no lo haya realizado en su integridad.

Igualmente, se condena a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, además de los gastos de administración y los aportes al fondo de garantía de pensión



mínima, lo correspondiente a seguros previsionales, rubros estos que deben ser indexados por el tiempo en que permaneció la actora en ese fondo al momento de su pago. En lo demás, habrá de confirmarse la sentencia de primer grado en lo que atañe al estudio de la ineficacia del traslado.

d. De la reliquidación de la pensión de vejez:

Reclama la gestora en que, en virtud de la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional, se condene a COLPENSIONES a reliquidar la pensión de vejez que le reconoció esa entidad, conforme lo normado en el Acuerdo 049 de 1990, por considerar que al volver las cosas a su estado inicial tiene derecho a ser beneficiaria del régimen de transición, pedimento al cual accedió el *a-quo*, como viene de verse. Igualmente, solicita la actora en su alzada se verifique la procedencia de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

No obstante, para la Sala en este punto se torna imperioso recurrir al control oficioso de legalidad de que trata el artículo 132 del C.G.P., aplicable por analogía a los juicios del trabajo según lo dispuesto en el artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., el cual debe realizarse en cualquier etapa del trámite procesal en ejercicio de las facultades conferidas al Juez como director del proceso y adoptar las medidas necesarias para garantizar el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio entre las partes.

Lo anterior, como quiera que, según la activa, con ocasión de la ineficacia del traslado debe consolidarse una reliquidación pensional en atención a la pensión de vejez que ostenta por parte del fondo público por ser beneficiaria del régimen de transición, la cual debe ser pagada por esa entidad.

Sin embargo, se observa en los hechos de la demanda que la actora manifiesta que se retiró del servicio el 1º de enero de 2017 y según las documentales obrantes en el expediente, se aprecia que su último empleador fue la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, lo cual se colige entre otras con el Reporte de Semanas Cotizadas en Pensiones expedido por COLPENSIONES el 31 de Julio de 2017 (f. 59 a 67 archivo 01); y en la Resolución GNR 22686 del 18 de enero de 2017 a través de la cual se reconoció la pensión de vejez a



partir del 2 de enero de 2017 con fundamento en la petición que elevó la gestora, así:

“Solicito de manera atenta, nuevo estudio para reliquidación e inclusión en nómina de pensionados a partir del 2 de enero de 2017 fecha a partir de la cual se acepta la renuncia; de conformidad con la Resolución Número 002842 del 19 de septiembre de 2016, suscrita por el señor Superintendente nacional de Salud en calidad de nominador, de la cual adjunto fotocopia.” (f. 21 a 31 archivo 01)

Adicionalmente, obra en el paginario, más exactamente en la carpeta denominada 6.1ExpedienteAdministrativo202300418 de la carpeta de primera instancia, la precitada Resolución No. 002849 de 19 de septiembre de 2016 emitida por la Superintendencia Nacional de Salud, en la que se indica que:

“el Artículo 113 del Decreto 1950 de 1973, establece “Presentada la renuncia, su aceptación por la autoridad competente se producirá por escrito y en la providencia correspondiente deberá determinarse la fecha en que se hará efectiva, que no podrá ser posterior a treinta (30) días de su presentación”

Que mediante la Resolución 126 del 17 de enero de 2014, la Señora MARTA LUCIA CRIOLLO LOPEZ identificada con la cédula de ciudadanía número 38.222.140, fue nombrada en el empleo Jefe de Oficina Código 0137 Grado 21 de la planta global de esta Superintendencia asignado a la Oficina de Control Disciplinario Interno.

Que mediante memorando radicado con el NURC 3-2016-017286 del 16 de septiembre de 2016 la Señora MARTA LUCIA CRIOLLO LOPEZ, presentó renuncia al empleo jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno, a partir del 2 de enero de 2017.

Que en mérito de lo expuesto,

RESUELVE:

ARTÍCULO 1º. -Aceptar a partir del 2 de enero de 2017, la renuncia presentada por la Señora MARTA LUCIA CRIOLLO LOPEZ identificada con la cédula de ciudadanía número 38.222.140, del empleo de jefe de Oficina Código 0137 Grado 21 de la planta global de esta Superintendencia asignado a la Oficina de Control Disciplinario Interno de la planta global de esta Superintendencia.

ARTÍCULO 2º.- Comunicar el contenido de la presente Resolución a la Señora MARTA LUCIA CRIOLLO LOPEZ.

ARTÍCULO 3º.- Le presente Resolución rige a partir de la fecha de su expedición.”

Así las cosas, al haber ostentado la actora la calidad de empleada pública y, pese a lo decidido en primera instancia en lo que atañe al estudio de la reliquidación de la pensión de vejez de la demandante, advierte esta Sala que carece de jurisdicción y competencia para resolver las pretensiones incoadas en esta demanda, pues de conformidad con el establecido en el numeral 4º del artículo 104 del C.P.A.C.A., la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la encargada de resolver esta litis, razón por la cual este hecho conlleva a que este Juez Colegiado en virtud del control de legalidad, como ya se mencionó, declare de oficio la falta de jurisdicción y competencia, pero única y exclusivamente respecto al estudio de la reliquidación pensional, como quiera que en lo que concierne al puntual aspecto de la declaratoria de la ineficacia, esta especialidad es la competente para conocer dicha situación al tenor de lo estatuido en el numeral 4º del artículo 2º del C.P.T. y de la S.S.

Al respecto, destaca la Sala que la Corte Constitucional jurisprudencialmente ha sostenido que en tratándose de pensiones para determinar la jurisdicción competente en la resolución del asunto, es menester auscultar en la naturaleza de la vinculación del trabajador al momento de causar la prestación, la cual determina la jurisdicción competente para decidir el asunto, de ahí que en razón a que la promotora ostentara la condición de empleada pública en la última vinculación al momento de causar la prestación, a través de una relación legal y reglamentaria, puede concluirse que el asunto es de competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; tal como lo precisó en Auto 954 del 10 de noviembre de 2021, así:

“En síntesis, en relación con la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para resolver las controversias relacionadas con la seguridad social de los servidores del Estado, se prevén dos factores concurrentes: la calidad de empleado público del demandante y que una persona de derecho público administre el régimen que le aplica. Asimismo, se han tomado como hitos en la determinación del primer elemento, esto es, la naturaleza de la vinculación del trabajador: i) el momento de causar la prestación que reclama; o ii) el de la última vinculación laboral.

“Finalmente, la competencia de la jurisdicción ordinaria laboral se define por medio de una cláusula general o residual de competencia, que le atribuye el conocimiento de un proceso judicial a esta jurisdicción en los asuntos que no exista una norma especial que determine otra circunstancia. Igualmente, en lo relativo a los temas laborales y de la



seguridad social, fija el conocimiento de los casos a la especialidad laboral, en el supuesto de que no esté atribuido por la ley a otra jurisdicción.

“Esta Corporación ha determinado que la naturaleza de la vinculación del trabajador, al momento de causar la prestación, determina la jurisdicción competente.”

En ese orden de ideas, al tenor de lo previsto en los artículos 16 y 138 del C.G.P. resulta imperioso decretar la nulidad parcial de la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 28 de agosto de 2023, más exactamente, los numerales segundo, tercero, cuarto, quinto y séptimo de forma parcial, que se circunscriben al análisis de la reliquidación pensional realizada, la prescripción sobre las diferencias pensionales, y la absolución del pago de intereses moratorios; con la salvedad que las pruebas recaudadas conservaran su validez, así como el auto adiado el 27 de septiembre de 2023, por el cual se admitieron los recursos interpuestos por la actora y COLPENSIONES y se dispuso el estudio del asunto en el grado jurisdiccional de consulta a favor de dicha entidad.

De esta manera se agota parcialmente la competencia de esta instancia, y dadas las conclusiones arribadas como ya se dijo, se ordenará al Juez *a quo* que proceda de conformidad dando aplicación al artículo 104 del C.P.A.C.A., atendiendo las motivaciones precedentemente expuestas.

SIN COSTAS en esta instancia.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR Y ADICIONAR el numeral primero de la sentencia proferida el 28 de agosto de 2023 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de precisar que la demandada PORVENIR S.A., deberá



devolver a COLPENSIONES los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, correspondiente a los aportes y bonos pensionales de ser el caso, solo en el evento en que no lo haya realizado en su integridad.

Igualmente, se condena a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, además de los gastos de administración y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima; lo correspondiente a seguros previsionales, rubros estos que deben ser indexados por el tiempo en que permaneció la actora en ese fondo al momento de su pago, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: En lo demás, habrá de confirmarse la sentencia de primer grado en lo que atañe al estudio de la ineficacia del traslado, de acuerdo a lo explicado en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: DECLARAR la nulidad por falta de jurisdicción y competencia respecto de los numerales segundo, tercero, cuarto, quinto y séptimo de forma parcial, que se circunscriben al análisis de la reliquidación pensional realizada, la prescripción sobre las diferencias pensionales, y la absolución del pago de intereses moratorios; según lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: DEVOLVER el proceso ante el Juez *a-quo* con la finalidad que efectúe las desanotaciones de rigor y remita el asunto con destino a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para lo de su cargo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 104 del C.P.A.C.A., una vez quede en firme la presente decisión.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



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

Ordinario Laboral 1100131050 **16 2018 00203 01**
Demandante: RODRIGO SILVA VARGAS
Demandado: COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante, respecto de la sentencia proferida el 16 de mayo de 2023 por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, la cual fue totalmente adversa a los intereses de la parte accionante, quien no formuló recurso de apelación.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor RODRIGO SILVA VARGAS promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLFONDOS S.A., a fin que, de manera principal, se declare la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, y en consecuencia se disponga su retorno al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, con la correspondiente devolución de saldos y todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado, tales como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos e intereses.

De manera subsidiaria, pretende que se declare que cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el régimen de ahorro individual con solidaridad desde el 7 de octubre de 2016 y que la AFP COLFONDOS S.A. por su falta de gestión en el cumplimiento de sus obligaciones frente al trámite de



los bonos pensionales y del ofrecimiento de modalidad pensional, lo afectó materialmente y moralmente.

En consecuencia, se condene a la AFP al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de conformidad con la modalidad pensional más favorable y a partir del 7 de octubre de 2016, más los perjuicios materiales estimados en \$93.241.401, los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y perjuicios morales los cuales estima en la suma de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que nació el 7 de octubre de 1954, trasladándose al RAIS el 1º de diciembre de 1995, habiendo cotizado con anterioridad en el RPM a CAJANAL, el Fondo de Previsión Social del Congreso FONPRECOM y al ISS, de tal manera que para la fecha del traslado ostentaba 728 semanas cotizadas, tanto en el sector público como privado; refiere que el traslado operó por conducto de la AFP COLMENA el 1º de diciembre de 1995, mediante un formato que no implicaba brindar la respectiva información, y posteriormente se trasladó a la AFP COLFONDOS a partir de junio de 1999, sin que se le hayan explicado las consecuencias del traslado, y sin haber realizado la proyección de la pensión. Que en la actualidad tiene más de 1625.57 semanas cotizadas.

Que el 17 de diciembre de 2014 el demandante radicó certificaciones laborales para la reconstrucción de la historia laboral, ante lo cual el 6 de enero de 2015 la AFP COLFONDOS indicó haber recibido las certificaciones, y tras diversas peticiones, las cuales no fueron respondidas, el 1º de diciembre de 2015 radicó un documento donde deja constancia que desde el año 2014 había solicitado información sobre el bono pensional; que posteriormente entre los años 2015, 2016 y 2017 surtió diversos trámites sin que se haya definido lo atinente al bono pensional, lo que conllevó a que interpusiera acción de tutela, por lo que el Juzgado 16 Civil Municipal en sentencia del 20 de junio de 2017 ordenó a COLFONDOS S.A. que procediere a solicitar, hacer el seguimiento y adelantar las gestiones necesarias ante las respectivas entidades responsables del bono pensional, pese a lo cual hasta la fecha no ha sido diligente frente a los



empleadores para que confirmen, modifiquen o nieguen la información laboral.

Que la AFP COLFONDOS no le ofreció una solución para el pago de la pensión en la modalidad de retiro programado sin negociación del bono pensional; finalmente, que actualmente cuenta con 63 años y 5 meses de edad, renunció a su empleo en la Alcaldía Mayor de Bogotá el 1º de enero de 2016, se encuentra desafiliado del sistema de salud, padece de una enfermedad obstructiva crónica (EPOC) y no ha podido recibir una mesada pensional.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda señalando que no existe razón para que se declare la nulidad de la afiliación al RAIS, sin que se acredite causales de nulidad ni vicios en el consentimiento, máxime que el actor no puede alegar su propia culpa y el transcurso del tiempo subsanó cualquier tipo de error que hubiese podido suceder.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos y buena fe.

COLFONDOS S.A. se opuso a las pretensiones, señalando que cumplió con las obligaciones impuestas por el Decreto 692 de 1994, el cual exigía documentar la información requerida y la expresión de la voluntad de traslado o afiliación, sin que se haya concebido un manual o instructivo, ni mucho menos para consignar los efectos del traslado solicitado; de igual manera, que cumplió con la debida asesoría, y que no existió mora alguna que le sea imputable, puesto que la liquidación, emisión y pago del bono pensional se vio entorpecida por la acción de la Cámara de Representantes, por lo que el estado de liquidación del bono pensional impedía el reconocimiento de la pensión de vejez. Finalmente, relata que, mediante comunicación de 7 de diciembre de 2018, se le reconoció la pensión de vejez con una mesada de \$1.832.500, con retroactividad desde el 1º de diciembre de 2016 y un retroactivo de \$46.542.364, tal como constan en el contrato de administración de dicha mesada, suscrita el 10 de diciembre de 2018, la cual a la fecha no ha sido aceptada por el demandante.



Propuso y sustentó la excepción previa de falta de integración del contradictorio y las de mérito de validez de la afiliación a COLFONDOS, validez de la afiliación al RAIS con COLFONDOS, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción, compensación, inexistencia de intereses de mora, inexistencia de perjuicios y la innominada o genérica.

Mediante proveído del 26 de septiembre de 2019, se vinculó en calidad de litisconsorcio necesario a PEROTECCIÓN S.A., entidad que contestó la demanda señalando que, el formulario de afiliación fue suscrito por el actor de manera libre y voluntaria el 1º de diciembre de 1995, con efectividad a partir del 1º de enero de 1996, el cual se traduce en un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo.

Así mismo, refiere que, al momento de la vinculación, se le informó que el Sistema General de Pensiones lo compone tanto el RAIS como el RPM y que dichos regímenes son diferentes y excluyentes entre sí, por lo que no puede hablarse de ventajas o desventajas, siendo la asesoría suministrada objetiva y suficiente.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la Obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la innominada o genérica.

En la audiencia de que trata el artículo 77 de la C.P.T. y de la S.S., se admitió el desistimiento de las pretensiones en contra de COLPENSIONES.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



El Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 16 de mayo de 2023, absolvió a las AFP accionadas de la totalidad de pretensiones.

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* señaló en lo atinente a la pretensión de ineficacia, que la misma no tiene vocación de prosperidad, ello en tanto el demandante ostenta la calidad de pensionado desde el 1º de diciembre de 2016, tal como lo ha reiterado la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada, entre otras, en la sentencia CS SL373-2021.

Frente a las pretensiones subsidiarias, refirió que se traducen en la reliquidación de la pensión desde el 7 octubre de 2016 así como al pago de perjuicios e intereses moratorios. Así estimó, frente a la reliquidación señaló que, para el reconocimiento pensional en el RAIS se debe dar aplicación al artículo 64 de la Ley 100 de 1993, de tal manera que es necesario ostentar el capital permita obtener una pensión superior al 110% del S.M.L.M.V., capital que debe tener en cuenta el valor del bono pensional; de tal manera, que no era factible reconocer la pensión desde el 7 de octubre de 2016, como lo pretende el demandante, ello en tanto en el *sub examine* se acreditó que la AFP adelantó los trámites a efectos que se emita el bono pensional tipo A modalidad 2, ello en tanto el actor en el año 2014 radicó las constancia laborales, y solo hasta el 6 de diciembre de 2016 el actor solicitó la pensión, además el bono solo se emitió hasta 13 de diciembre de 2018, con fecha de redención normal desde el 7 de octubre de 2016; de igual manera, entre los años 2015 a enero 2019, la AFP adelantó gestiones ante diversas entidades a fin de consolidar la historia base de liquidación.

De otra parte, relata que, en cumplimiento a un fallo de tutela, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, señaló que la OBP no ha emitido el bono pensional por cuanto FONPRECOM no había conformado la historia laboral y no había reconocido su participación, al estimar que los periodos deben ser asumidos por la Nación; así mismo que el actor se pensionó el 1º de diciembre de 2018, con retroactividad al 1º de diciembre de 2016; de tal manera, que se acreditó (i) que el actor no solicitó la pensión en la modalidad de retiro programado sin negociación del bono pensional, de otra parte, (ii) que la pensión se reconoció una vez se redimió el bono pensional en el año 2018, y desde la petición de



pensión en diciembre de 2016, lo cual se ajusta a derecho y (iii) finalmente, el actor no solicitó la pensión el 7 de octubre de 2016 sino el 6 de diciembre de 2016, por lo cual no era dable un reconocimiento pensional como lo aspiraba el accionante.

De tal manera que la AFP llevó a cabo todos los trámites a su cargo, de conformidad con la modalidad pensional seleccionada por el accionante, por lo cual la mora aducida no le es atribuible a la demandada, máxime que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia con radicación No. 4305 de 2018, que si bien la emisión del bono se puede constituir en un obstáculo, ello no implica que la AFP deba reconocer de manera automática la pensión sin verificar el financiamiento y los recursos económicos, máxime que en todo caso la mora en el presente evento sería atribuible a terceros, específicamente un ex empleador del actor.

Finalmente, que tampoco se avizora un perjuicio por el ofrecimiento de la modalidad pensional, en tanto el actor firmó el contrato y le asistían obligaciones como consumidor financiero.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Teniendo en cuenta que la sentencia fue totalmente adversa a las pretensiones del demandante, se debe surtir el grado jurisdiccional de consulta, de conformidad con lo regulado en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse (i) si se debe declarar la



ineficacia del traslado y (ii) si al actor se le causaron perjuicio materiales y morales por la mora en el trámite del bono pensional y por ende del reconocimiento pensional.

c. Ineficacia del traslado:

De cara a lo anterior, debe acotarse inicialmente que la ineficacia del traslado, opera para quienes, ostentando la calidad de *afiliados*, hayan suscrito el respectivo formulario, sin que la AFP haya cumplido en debida forma la obligación de información y asesoría que les corresponde, relación de *afiliación* que es la que otorga el ingreso del trabajador dependiente o independiente en el sistema de seguridad social integral, y de la cual surgen derechos y obligaciones de seguridad social. La Corte Constitucional en sentencia T-235 de 2002, señaló que *“La precisión del concepto “afiliación” también se encuentra en la teoría de la seguridad social. Tratándose de pensión de jubilación, la afiliación es un acto que se produce una sola vez en la vida del interesado, al ingresar al trabajo, por consiguiente, la afiliación no es repetible, es vitalicia. Habrá, como es obvio, situaciones en las que se está trabajando (a esto se denomina “alta”, y aquéllas en que no lo está (se denomina “baja”).*

Debe señalarse así que, tal como el quedó establecido, el accionante dejó de ostentar la calidad de afiliado, ello en tanto COLFONDOS S.A. le reconoció la pensión de vejez, tal como se advierte del oficio del 7 de diciembre de 2018, BP-RI-L-RAD-41838-11-18 (fls. 113 a 116 archivo digital 13 Contestación Demanda Colfondos.pdf), en el cual se refiere que la misma se soluciona desde el 1º de diciembre de 2018, así como que la fecha de adquisición del derecho es el 1º de diciembre de 2016.

En tal sentido, el accionante al haber aceptado la pensión que le fuera reconocida por COLFONDOS S.A., dejó de ostentar la calidad de afiliado, para consolidarse en su favor la condición de *pensionado* por vejez en los términos y modalidad seleccionada en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Dicho esto, menester señalar que las calidades de *afiliado* y *pensionado* resultan relevantes en materia pensional, entre otros aspectos, por cuanto ha sido una consideración en materia de movilidad en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.



En efecto, *verbi gratia*, el artículo 107 de la Ley 100 de 1993, permite la transferencia voluntaria del valor de la cuenta individual de ahorro pensional a otro plan de capitalización o trasladarse a otra entidad administradora, evento que opera bajo la condición que el afiliado “no haya adquirido la calidad de pensionado”, normativa que fue declarada exequible en la sentencia C-841 2003, señalando que “Permitir el traslado de una entidad administradora de pensiones a otra, una vez se ha adquirido la calidad de pensionado puede poner en riesgo la sostenibilidad del sistema, aumentar los costos de los servicios administrativos y financieros, y desestimular la obtención de mayores niveles de rentabilidad a través de inversiones de mediano y largo plazo, dado que la posibilidad de traslado quedaría sujeta al capricho del pensionado”.

Además, debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL373-2021, Radicación No. 84475 del 10 de febrero de 2021, trazó la línea de que si bien por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible devolver las cosas a su estado normal, la calidad de pensionado resulta en la configuración de una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico que no es razonable revertir cuando se acredita la ineficacia del traslado, como quiera que tal aspecto conllevaría a disfuncionalidades que afectarían a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto, así se enfatizó:

“Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante)¹, lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con relevar algunas situaciones:

“Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas

¹ SL1688-2019, SL3464-2019

operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.

“Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.

“Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.

“Por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.

“Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requería la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defiendan los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.

“Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.

“La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos



intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones”.

Así las cosas, al encontrarse el accionante pensionado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad bajo la figura de retiro programado, no le queda otro camino a la Sala que confirmar la decisión de primer grado en este aspecto, en tanto, como ya se indicó, existe una multiplicidad de situaciones encaminadas a la afectación tanto financiera, legal, social, entre otras circunstancias, que impiden ante la calidad de pensionado promover la figura de la ineficacia de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 para que el demandante sea retornado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, postura que ha sido reiterada entre otras en sentencia SL1085 de 2023.

d. De la indemnización de perjuicios:

Una vez determinado lo anterior, se tiene que la parte demandante formuló como pretensiones *subsidiarias* que se declare que el demandante había cumplido los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad desde el 7 de octubre de 2016, a la cual no accedió debido a un hecho imputable a la AFP accionada, específicamente, “*por su falta de gestión en el cumplimiento de sus obligaciones frente al trámite de los bonos pensionales y del ofrecimiento de modalidad pensional*”.

Ahora bien, el accionante nació el 7 de octubre de 1954, cumpliendo 62 años el 7 de octubre de 2016, motivo por el cual el perjuicio deprecado se extrae del hecho de no haber percibido la pensión de vejez desde el cumplimiento de la edad mínima de pensión regulada en el RPM; lo que incluso se corrobora en tanto los perjuicios materiales y morales, se pretenden de manera *subsidiaria* frente a la *pretensión principal* de ineficacia o nulidad del traslado de régimen pensional, y su retorno a COLPENSIONES para el reconocimiento pensional.

Es más, la parte accionante en los alegatos de conclusión refiere a la aplicación de la sentencia CSJ SL373-2021, misma que gravita en torno a los perjuicios que tiene a su alcance debatir el pensionado en el RAIS, ocasionados por la falta el deber de información en el acto del traslado del RPM, y la imposibilidad de

retrotraer las cosas al estado anterior. En efecto, en dicha providencia se señala:

“Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante), lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto [...]”

[...]

“Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.

Así las cosas, la Sala concluye en primera medida que no es dable equiparar la indemnización de perjuicios deprecada en el *sub-examine*, de la que persiguen los pensionados en el RAIS, a quienes dada la calidad consolidada que adquirieron, no tuvieron a su alcance retornar al RPM ante la falta al deber de información, pues en esos eventos los perjuicios se concretan precisamente en los derivados de tal hecho, esto es, de no regularse la pensión por el RPM, situación que no fue expuesta de esa manera en el supuesto fáctico de la demanda, ni acreditada por ningún medio de convicción, lo que de entrada implica denegar la pretensión de acceder a la pensión desde el cumplimiento de la edad mínima aplicable en el régimen que administra COLPENSIONES.

Ahora bien, frente a las omisiones alegadas por la AFP en el reconocimiento de la pensión en el RAIS, se debe señalar que el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, consagra:

“ARTÍCULO 64. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. Los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita



obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta Ley, reajustado anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE. Para el cálculo de dicho monto se tendrá en cuenta el valor del bono pensional, cuando a este hubiere lugar.

En virtud de ello, la AFP COLFONDOS S.A., certificó en el plenario, que “la última mesada reconocida a favor del demandante en el mes marzo de 2022 por valor de \$2.106.000 en la modalidad de retiro programado” (fl. 3 archivo digital 37RespuestaRequerimientoColfondos.pdf), así como que “el saldo actual existente en la cuenta de ahorro individual por un total de: \$427.853.748 para financiar la pensión de vejez del demandante”; en igual sentido milita copia del oficio del 7 de diciembre de 2018, BP-RI-L-RAD-41838-11-18 (fl. 113 y 114 archivo 13ContestacionDemandaColfondos.pdf), mediante el cual se le pone de presente al accionante:

“Con relación a su solicitud de pensión radicada ante esta Administradora nos permitimos informarle que usted cumple con los requisitos establecidos en la Ley, por lo que Colfondos S.A. le informa que su solicitud de pensión ha sido APROBADA.

[...]

“Así mismo le informamos que usted cuenta con la posibilidad de elegir cualquiera de las siguientes modalidades de pensión para el pago de su mesada pensional:

“a) Renta Vitalicia

“b) Retiro Programado

“c) Retiro Programado con Renta Vitalicia Diferida

“d) Renta Temporal Cierta con Renta Vitalicia de Diferimiento Cierto

“e) Renta Temporal Variable con Renta Vitalicia Diferida

“f) Renta Temporal Variable con Renta Vitalicia Inmediata

“g) Retiro Programado sin negociación de Bono Pensional.

Milita, además, el “CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN DE MESADAS PENSIONALES BAJO LA MODALIDAD DE RETIRO PROGRAMADO” (fl. 117 a 123 archivo 13ContestacionDemandaColfondos.pdf), el cual suscribió el accionante, tiene plena validez, y deja expresa constancia que:

“El pensionado y/o sus beneficiarios mediante la suscripción del presente contrato *manifiestan de manera libre, expresa e inequívoca que recibieron por parte de COLFONDOS la información completa, clara y objetiva sobre las modalidades de pensión existentes, requerida para formar su conocimiento y para la toma de decisión para la selección de la modalidad de pensión y que conoce por lo tanto y en especial las*



condiciones, características, beneficios, ventajas, desventajas y riesgos propios del Retiro Programado. En consecuencia, el pensionado y/o beneficiarios las aceptan de manera libre, expresa e inequívoca, asumiendo todas y cada una de las consecuencias derivadas del contrato que celebran para la administración de su mesada pensional en esta modalidad de pensión.

Así mismo, se aportó la solicitud del actor dirigida a COLFONDOS S.A., en la cual refiere que “*de manera libre y espontánea me acojo al pago de mi pensión en la modalidad de RETIRO PROGRAMADO*” (fl. 124 archivo 13ContestacionDemandaColfondos.pdf).

De tal manera, que *a contrario sensu* de lo referido en el supuesto fáctico de la demanda, no se advierte negligencia alguna de la AFP en el *ofrecimiento de modalidad pensional*, y, por el contrario, el demandante suscribió de manera libre e informada la elección de la modalidad pensional de retiro programado, sin que se aporte medio de convicción alguna que acredite que la decisión le causó perjuicio alguno o que haya sido inducido en error.

Debe señalarse además que, tal como lo adujo el *a-quo*, la AFP adelantó todos los trámites indispensables frente al bono pensional, e incluso se documentó que la tardanza obedeció a un tercero, ello por cuanto se encontraba pendiente la certificación por parte del Fondo de Previsión Social del Congreso por la Cámara de Representantes, hecho que no le resulta imputable a la demandada, y, por ende, no se constituye en un hecho culposos que genere un resarcimiento de perjuicios.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL4305-2018, Radicación No. 43152 del 3 de octubre de 2018, señaló:

“Ahora bien, teniendo en cuenta el caso del sublite donde el actor se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, el bono para financiar su pensión corresponde a los de tipo A. Estos bonos, a su vez, presentan dos modalidades: Modalidad 1, refiere a los bonos que se expiden a favor de los trabajadores cuya primera vinculación laboral válida se inició después del 30 de junio de 1992; y la Modalidad 2 que son los bonos que se expiden a favor de los trabajadores cuya primera vinculación laboral válida se inició antes del 1º de julio de 1992.

“Según el artículo 119 de la Ley 100 de 1993, los bonos pensionales tipo A serán expedidos por la última entidad pagadora de pensiones a la cual haya pertenecido el afiliado antes de la selección o traslado al régimen de

ahorro individual, siempre y cuando el tiempo de cotización o de servicios, continuo o discontinuo, haya sido igual o mayor a 5 años. Cuando el tiempo en la última entidad pagadora de pensiones sea inferior a 5 años, el bono pensional será expedido por la entidad pagadora de pensiones en la cual el afiliado haya efectuado el mayor número de aportes o haya cumplido el mayor tiempo de servicios.

“Por otra parte, según el artículo 121 ibídem, la nación expedirá bonos pensionales, de la naturaleza y con las características señaladas en la ley, a los afiliados al sistema general de pensiones, cuando la responsabilidad corresponda al Instituto de los Seguros Sociales, a la Caja Nacional de Previsión Social, o a cualesquiera otra Caja, Fondo o entidades del sector público sustituido por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, y asumirá el pago de las cuotas partes a cargo de estas entidades. El legislador también advirtió que la nación expedirá los bonos con relación a los afiliados con anterioridad a la fecha de vigencia de la citada Ley 100 y sobre el valor de la deuda imputable con anterioridad a dicha fecha.

“3) Del procedimiento para la liquidación, emisión y expedición de los bonos pensionales tipo A:

“Para que el valor del bono haga parte del capital de financiación de la pensión, han de agotarse las siguientes etapas: a) conformación de la historia laboral del afiliado; b) solicitud y realización de la liquidación provisional; c) aceptación por parte del afiliado de la liquidación provisional; d) emisión; e) expedición; f) redención y g) pago del bono pensional.

“[...]

***“Se puede colegir de la regulación del trámite para obtener la expedición del bono, que la conformación de la historia laboral con este fin no está a cargo exclusivo de la AFP, si no que se trata de un proceso complejo que si bien es ejecutado y coordinado por la AFP, en él también han de intervenir el afiliado, las entidades donde se estuvo afiliado y los empleadores, según el caso.** Puede estimarse que se trata de un trámite complejo, pero no por esto se ha eximir al aspirante a la pensión de llevarlo a cabo, puesto que la conformación de la historia laboral se justifica para reunir, de manera eficiente, cierta y efectiva, los medios económicos que permiten capitalizar las prestaciones pensionales, garantizando así el principio de sostenibilidad financiera de los recursos y procurar la eficiencia, la solidaridad y la universalidad en la protección de las personas frente a las contingencias que el sistema de seguridad social ampara (arts. 48 de la Constitución y 2 de la Ley 100 de 1993).*

De tal manera, que no es responsabilidad exclusiva de la AFP, quien, como se refirió anteriormente, llevó a cabo todos los trámites para la emisión del bono pensional, e incluso tras surtirse ese trámite y pagarse el bono pensional, se procedió al reconocimiento pensional con retroactividad a diciembre de 2018, fecha que coincide con la solicitud de reconocimiento pensional del actor.



Como corolario de lo anterior, la parte demandante no acreditó el supuesto fáctico sobre el cual edificó los perjuicios reclamados, esto es, una omisión en la información para la elección de la modalidad pensional en el RAIS ni una mora atribuible a la AFP en la emisión y pago del bono pensional, motivo que impele a confirmar en su integridad la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de mayo de 2023 por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, de acuerdo a lo explicado en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



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

Ordinario Laboral: 1100131050 17 2021 00356 01
Demandante: WILSON HERNÁNDEZ HEREDIA
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

AUTO:

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

SENTENCIA:

De conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., procede la Sala a estudiar el presente asunto en el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, como quiera que la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá el 7 de febrero de 2023 fue adversa a sus pretensiones.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor WILSON HERNÁNDEZ HEREDIA promovió demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES, a fin de que se condene a la encartada al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez de conformidad con lo establecido en el parágrafo 4º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993,



modificado por la Ley 797 de 2003, prestación que deberá ser otorgada a partir del 1º de agosto de 2019.

Asimismo, se le condene a la entidad al pago de intereses moratorios en los términos de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, costas procesales y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 28 de octubre de 1969, así como que ha cotizado para los riegos de invalidez, vejez y muerte al ISS hoy COLPENSIONES un total de 1357.29 semanas.

Que es padre de JULIÁN DAVID HERNÁNDEZ MORENO, sujeto en condición de invalidez como quiera que presenta una pérdida de capacidad laboral del 100%, la cual se encuentra estructurada a partir del 12 de febrero de 2003 según dictamen No. 3996940 del 25 de agosto de 2020 expedido por COLPENSIONES, además que su hijo no trabaja, no recibe pensión y tampoco cuenta con ingresos propios ni de terceras personas, siendo él como padre quien se encargue de su manutención.

Adujo que cuenta actualmente con un número de semanas cotizadas superior al mínimo requerido para la obtención de una pensión especial de vejez; no obstante, COLPENSIONES negó su derecho prestacional bajo el entendido que no se demostró con suficiencia su condición de cabeza de hogar con exclusividad.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando para lo pertinente que, el demandante se encuentra casado en sociedad conyugal vigente con la señora CLAUDIA JANNETH MORENO MARTÍN, por lo que esta última al no aportar prueba que sugiera no poder hacer parte del escenario laboral y productivo de la dicha sociedad, es por lo que se encuentra plenamente capacitada para aportar a las necesidades básicas del hogar, lo que a su vez conlleva a que el actor no acredite la condición de padre cabeza de familia



teniendo a su cargo económica y socialmente en forma permanente a personas incapacitadas para trabajar por ausencia permanente de la cónyuge o compañera permanente, o por incapacidad física, sensorial, síquica del cónyuge o compañero permanente o por tener miembros del grupo familiar con deficiencia sustancial de ayuda.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, inexistencia de intereses moratorios y/o indexación, pago de lo no debido, prescripción y caducidad parcial y/o total sobre mesadas pensionales y otros, y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 7 de febrero de 2023 declaró probadas las excepciones de inexistencia del derecho y la obligación, así como la de cobro de lo no debido propuestas por COLPENSIONES, absolviendo a la entidad de las pretensiones impetradas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, indicó el operador de instancia que la pensión especial de vejez deprecada por el aquí demandante se encuentra regulada en el parágrafo 4º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, por medio de la cual se introdujeron modificaciones al sistema general de pensiones y que modificó a su vez el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Seguidamente, adujo el *a-quo* que teniendo en cuenta los requisitos normativos en mención con la finalidad de acceder a la pensión especial de vejez, el actor ostenta 1.374.43 semanas, siendo su fecha de nacimiento el 28 de octubre de 1969, de allí que a la fecha de presentación de la demanda contara con 53 años de edad.

Refirió que la prestación que se pretende por regla general se reconoce a partir de la fecha en la cual se estructura el estado de invalidez del hijo siempre y cuando a la fecha reclamante el padre o la madre hubiese satisfecho el número mínimo de semanas exigido en el Régimen de Prima Media para acceder a un derecho pensional de vejez, arguyendo que la pérdida de capacidad laboral del



hijo se determinó desde el 12 de febrero de 2003 y, si bien para dicha calenda el actor no reunía las cotizaciones mínimas, para la data en que fue expedido el dictamen, esto es, el 28 de agosto de 2020, contaba con 1.323, cumpliendo así con el requisito de la densidad de cotizaciones.

Frente al segundo requisito, coligió encontrarse satisfecho en la medida que yace el dictamen del hijo del actor JULIÁN DAVID HERNÁNDEZ MORENO que fue emitido por COLPENSIONES el 28 de agosto de 2020, en el cual se aprecia que la pérdida de capacidad laboral de JULIÁN DAVID HERNÁNDEZ MORENO fue el 100% - *discapacidad mental absoluta* -.

En lo que atañe al requisito de la dependencia económica, expuso que teniendo en cuenta los postulados emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tal tópico debe entenderse en el hecho que la persona discapacitada sea dependiente económicamente de su madre o de su padre, entendiéndose también como condición de permanencia dentro del régimen especial de vejez, que el hijo permanezca en esa doble condición, esto es, afectado por la invalidez y dependiente de la madre o el padre y, que el progenitor no se reincorpore a la fuerza laboral.

Como consecuencia de lo anterior, coligió el operador de instancia que, en atención de las probanzas allegadas, se logró acreditar que el aquí demandante señor WILSON HERNÁNDEZ HEREDIA en calidad de padre de JULIÁN DAVID HERNÁNDEZ MORENO, es la persona encargada de atender todos los gastos del hogar, en conjunto con el cuidado de la salud que demanda su hijo, quedando así demostrada la condición de la dependencia económica.

Asimismo, refirió que si bien el Congreso de la República al momento de expedir la norma dispuso el reconocimiento de la pensión especial de vejez por hijo en situación de discapacidad únicamente a favor de la madre, la Corte Constitucional en sentencia C-989 de 2006 al considerar condicionalmente exequible el parágrafo 4º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, dio por entendido que el mencionado beneficio también debía hacerse extensivo al padre cabeza de familia de hijos discapacitados, siempre y cuando se cumpliera con los requisitos contemplados en la prerrogativa normativa, pero básicamente resaltó el órgano constitucional que los hijos menores o mayores

discapacitados que se encuentren a cuidado del padre, vivan con él, dependan económicamente y que sea la persona que les brinde el cuidado y el amor que los hijos requieran para un adecuado desarrollo y crecimiento; que sus obligaciones de apoyo, cuidado y manutención sean afectivamente asumidas y cumplidas, pues se descarta todo tipo de procesos judiciales y demandas que se sigan contra los padres por razón de incumplimiento de tales compromisos.

Que también la Corte Constitucional resaltó que la persona no tenga alternativa económica, es decir, que se trate de una persona que tiene el cuidado y la manutención exclusiva de los hijos y, que en el evento de vivir con su esposa o compañera, esta se encuentre incapacitada física, mental o moralmente, sea de la tercera edad o su presencia resulte totalmente indispensable en la atención del hijo enfermo, discapacitado o que médicamente requiera de la presencia de la madre (el cuidado del hijo es compartido tanto por el padre como la madre).

Por ello, adujo que la cónyuge del actor señora CLAUDIA JANNETH MORENO MARTÍN es la persona que vela por el cuidado de su hijo JULIÁN DAVID HERNÁNDEZ MORENO, tan es así que se acreditó que la madre dejó su vínculo laboral para dedicarse a su cuidado; circunstancia por la cual, coligió que no se logró establecer que el aquí demandante en calidad de padre tuviese a su cargo de manera exclusiva el cuidado del mencionado hijo JULIÁN DAVID, más aún si la esposa no se encuentra incapacitada física o mentalmente y no es una persona de la tercera edad, pues tales tópicos no se demostraron dentro del proceso, de allí que absolviera sobre las súplicas de la demanda en la medida que el cuidado del hijo resulta ser compartido tanto por el padre como de la madre, lo que implica que no se cumplió con el tercer requisito de la exigencia normativa para acceder a la prestación especial.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

El presente proceso se estudia en el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., toda vez que la sentencia proferida en primera instancia fue totalmente adversa a las pretensiones del demandante.



IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, en virtud del grado jurisdiccional de consulta en que se estudia el asunto *sub examine* en favor del demandante, habrá de determinarse como problema jurídico principal si al aquí demandante le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez contenida en el parágrafo 4º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, ello con ocasión de la discapacidad de su hijo JULIÁN DAVID HERNÁNDEZ MORENO.

De resultar con vocación de prosperidad lo anterior, se auscultará la procedencia de los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

c. Del caso en concreto:

Previo a la resolución del problema jurídico, sea lo primero indicar que no es objeto de reproche que el aquí demandante señor WILSON HERNÁNDEZ HEREDIA solicitó ante COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez como consecuencia del estado de invalidez de su hijo JULIÁN DAVID HERNÁNDEZ MORENO, prestación que fue negada por la entidad mediante Resolución SUB 3780 del 15 de febrero de 2021, argumentando para lo pertinente que el actor no acreditó la condición de padre cabeza de familia, teniendo a su cargo económica y socialmente en forma permanente a personas incapacitadas para trabajar por ausencia permanente del cónyuge o compañera permanente (Fls. 35 a 43 – PDF 02 DEMANDA).

Tampoco el hecho que se encuentra plenamente acreditado el parentesco de padre del demandante para con su hijo JULIÁN DAVID HERNÁNDEZ MORENO, tal como da cuenta la copia del registro civil de nacimiento, siendo la madre del mismo la señora CLAUDIA JANNETH MORENO MARTÍN (Fls. 15 a 16 PDF 02 DEMANDA).

d. De la pensión especial de vejez por hijo discapacitado:

Es pertinente que la pensión especial de vejez perseguida por el demandante se encuentra regulada en el inciso 2º, parágrafo 4º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, disposición que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que establece:

“PARÁGRAFO 4º.

(...)

*<Apartes subrayados, en letra itálica, y subrayados y en letra itálica **CONDICIONALMENTE** exequibles. Aparte tachado **INEXEQUIBLE**>*
La madre trabajadora cuyo hijo ~~menor de 18 años~~ padezca invalidez física o mental, debidamente calificada y hasta tanto permanezca en este estado y continúe como dependiente de la madre, tendrá derecho a recibir la pensión especial de vejez a cualquier edad, siempre que haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez. Este beneficio se suspenderá si la trabajadora se reincorpora a la fuerza laboral. Si la madre ha fallecido y el padre tiene la patria potestad del menor inválido, podrá pensionarse con los requisitos y en las condiciones establecidas en este artículo.”

La norma en cita fue objeto de dos estudios de constitucionalidad a través de las sentencias C-227 de 2004 y C-989 de 2006, en las cuales se declararon inexecutable y executable condicionalmente los apartes “menor de 18 años” y “madre” en ella contenidos, con argumentos que fueron sintetizados por la Corte Constitucional en sentencia T- 651 de 2009, apreciándose, a voces de esa Corporación, que la disposición en cuestión se encaminó a facilitarle a la madre o al padre de una persona con discapacidad grave de orden físico o mental, bien sea un menor de edad o un adulto, ocuparse del cuidado y atención necesaria de su hijo que se encuentre en imposibilidad de valerse por sí mismo, tanto en el aspecto personal como en el económico, con el propósito de brindarle unas condiciones de vida digna y propiciar su rehabilitación.

Así las cosas, del artículo traído a colación puede inferirse que los requisitos para el otorgamiento de la pensión especial de vejez son los siguientes:

- (i) Que la madre o el padre haya cotizado al sistema general de pensiones por lo menos el mínimo de semanas exigidos en el régimen de prima media con prestación definida para acceder a la pensión de vejez.
- (ii) Que el hijo o la hija sufra una invalidez física o mental debidamente calificada.
- (iii) Que el hijo sea dependiente económicamente de la madre o padre que pretenda la prestación.

Bajo esta égida, en el asunto de marras el aquí demandante señor WILSON HERNÁNDEZ HEREDIA, como padre del joven JULIÁN DAVID HERNÁNDEZ MORENO, cumple con el primer requisito expuesto en precedencia, en la medida que confrontada la historia laboral que emitiera COLPENSIONES actualizada al 25 de mayo de 2021, acredita por lo menos al 31 de marzo de 2021 un total de 1.357.29 semanas, densidad necesaria para acceder a la pensión de vejez en los términos de la Ley 797 de 2003.

De otra parte, en lo que respecta al segundo requisito que gravita en torno a la invalidez física o mental del hijo del demandante, se evidencia que el joven JULIÁN DAVID HERNÁNDEZ MORENO mediante dictamen No. 3996940 del 25 de agosto de 2020 y que fuese proferido por COLPENSIONES, lo calificó con una pérdida de capacidad laboral en un 100%, siendo su fecha de estructuración el 12 de febrero de 2003, esto es, desde su fecha de nacimiento, donde se le determinaron afectaciones tales como ceguera, discapacidad intelectual, disfunción extremidad superior dominante, disfunción extremidad superior no dominante, trastorno, postura y marcha miembro inferior derecho, trastorno postura y marcha miembro inferior izquierdo, disfunción neurológica de la vejiga, entre otras patologías (Fls. 29 a 34 – PDF 02 DEMANDA).

Ahora bien, en lo que atañe al requisito de la dependencia económica del padre, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia



relevante como la SL2871-2023, Radicación No. 95641 del 4 de octubre de 2023, dedujo que el fin de la pensión especial de vejez respecto del hijo (a) en estado de invalidez física o mental, es permitir que la madre o el padre que cumpla con las semanas de pensión de vejez y cuyo descendiente en situación de invalidez dependa económicamente de él o de ella, pueda dedicarse a su cuidado personal y su rehabilitación, pero sin perder el ingreso necesario para la subsistencia y el mínimo vital propio y del hijo o hija protegido por su alta vulnerabilidad; al respecto mencionó:

“Conforme a los reproches expuestos por la entidad en el recurso extraordinario, el problema jurídico a resolver por la Corte se centra en determinar si el Tribunal interpretó equivocadamente el inciso 2º del parágrafo 4º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, al conceder la pensión especial de vejez por hijo inválido, desconociendo que el cuidado de la hija en situación de invalidez ya es asumido por la madre, quien es ama de casa y, por ende, se aparta de la finalidad de dicha norma, bajo el presupuesto de que el padre debe apoyar en tal labor.

“Pues bien, para atender tal interrogante, cabe recordar que la finalidad genuina de la pensión especial en comento, es permitir que la madre y/o padre que cumpla con las semanas de pensión de vejez y cuyo descendiente en situación de invalidez dependa económicamente de él o ella, pueda dedicarse a su cuidado personal y su rehabilitación, sin perder el ingreso necesario para la subsistencia y el mínimo vital propio y del hijo o hija, quien está protegido de manera especial por el ordenamiento en virtud del estado de alta vulnerabilidad (CSJ SL890-2023, CSJ1015-2022, CSJ SL4770-2021, CSJ SL3772-2019, entre otras).

“En la exposición de motivos del proyecto 98 de 2002 del Senado, se expresó que el objetivo de esta pensión especial era otorgarle un beneficio a la madre responsable de la manutención del descendiente afectado por invalidez física o mental, a fin de permitirle su acompañamiento y, en esa medida, propender por su cuidado y rehabilitación (Gaceta del Congreso No. 428 de 11 de octubre de 2002 y sentencia CSJ SL17898-2016). De este modo, se pretendió relevar a la madre del esfuerzo diario de obtener ingresos para beneficiarle de una prestación que le posibilitará el tiempo para el cuidado y apoyo a su descendiente.

“Posteriormente, mediante sentencia C-989-2006, la Corte Constitucional declaró exequible la expresión «madre» contenida en el inciso 2º del parágrafo 4º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, en el entendido de que el beneficio pensional allí previsto se haría extensivo de igual forma al padre de hijos en situación de invalidez y que dependan económicamente de él. Para ello, consideró, en esencia, que como la finalidad de la pensión es beneficiar a los hijos inválidos sujetos de especial protección constitucional, no existe una razón válida, a la luz del principio de igualdad, que justifique la diferenciación entre descendientes en invalidez

de una madre trabajadora y los de un padre trabajador, pues ambos se encuentran en iguales circunstancias fácticas.

“Ahora, a la luz de la finalidad intrínseca de esta pensión especial, la Corte ha destacado que son tres los requisitos para su acceso, a saber: i) que la madre o el padre haya cotizado al sistema general de pensiones por lo menos el mínimo de semanas exigidos en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez; ii) que el hijo o hija sufra una invalidez física o mental debidamente calificada; y iii) que éste sea dependiente económicamente del ascendiente que pretenda la prestación especial (CSJ SL890-2023, CSJ SL739-2021, CSJ SL2585-2020, CSJ SL3772-2019, CSJ SL1991-2019, CSJ SL17898-2016, entre otras).

“Pues bien, no pudo el Tribunal cometer error en la interpretación del inciso 2º del párrafo 4º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, pues, tal como lo destacó en su sentencia, el deber de cuidado y atención de los hijos, en especial, de quienes padecen una invalidez, recae tanto en la madre como en el padre, sin distinción alguna, pues así lo dispone el artículo 42 de la Constitución Política cuando establece que la pareja tiene la obligación de sostener y educar a los hijos mientras éstos sean menores o impedidos, dentro de un esquema de igualdad de deberes, así como el artículo 44 de la misma Carta, que consagra que los padres velarán por el desarrollo armónico e integral de éstos.

“De igual forma, la responsabilidad del cuidado por parte de ambos padres se encuentra prevista en los artículos 3º y 7º de la Convención sobre los Derechos de los Niños, ratificada por Colombia mediante Ley 12 de 1991, según los cuales los menores tienen derecho a ser cuidados por sus padres y se debe asegurar a éstos la protección y la atención que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los deberes y derechos que asisten a sus progenitores u otras personas responsables ante la ley.

“En desarrollo de lo anterior, la Ley 1098 de 2006 en su artículo 14 prevé la responsabilidad parental, en tanto obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los hijos, durante su proceso de formación, la cual incluye una responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurar a los niños el máximo nivel de satisfacción de sus derechos.

“Ante este panorama, no resulta atendible predicar, tal como lo hace la entidad recurrente, que el deber de cuidado personal y la crianza recae solamente en la madre cuando esta se dedica de forma exclusiva a las labores del hogar, pues lo cierto es que se trata de una obligación que el ordenamiento asigna a padre y madre, sin distinción alguna y, por el contrario, se trata de una responsabilidad conjunta, solidaria y compartida.

“Así las cosas, no existe error jurídico del ad quem en el presente asunto, por cuanto éste reconoció que el cuidado de la hija en condición de invalidez constituye una obligación de la pareja, lo cual adquiere mayor relevancia en eventos como el estudiado, en el que, pese a que la madre se dedica de forma exclusiva a las labores del hogar, padece de dolencias



graves de salud y, en razón de ello, la descendiente debe ser atendida por el padre durante sus ausencias por temas médicos, quien además, según la prueba testimonial, contribuye de manera sustancial en la crianza medio tiempo.

“De igual modo, el alegato de la entidad recurrente relativo a que la finalidad de la norma ya está cumplida pues el cuidado de la hija está dispensado por la progenitora, desconoce que el padre tiene en igual medida la obligación de cuidado y que no puede ser exonerado de ella.

“En conclusión, desde la dimensión jurídica, ningún error cometió el Tribunal, al conceder la pensión especial de vejez por hija inválida al demandante, por cuanto, pese a que la madre se dedica de forma exclusiva al hogar, el padre brinda de manera relevante cuidado a la descendiente, apoyándola en el manejo de sus graves dolencias de salud y compartiendo con aquélla medio tiempo, por lo que la prestación le permitirá exonerarse de la obligación de trabajar para brindar un mayor cuidado dentro de un esquema mancomunado, compartido y solidario de responsabilidades en el hogar.”

Así las cosas, en el transcurrir del trámite procesal se practicó el interrogatorio de parte del demandante señor WILSON HERNÁNDEZ HEREDIA, quien adujo que es casado y en la actualidad se desempeña de manera independiente como comerciante, siendo Técnico en el área de las Artes Gráficas.

Que tiene 3 hijos de nombres DANIEL HERNÁNDEZ MORENO de 24 años, JULIÁN DAVID HERNÁNDEZ MORENO de 19 años y LAURA SOFÍA HERNÁNDEZ MORENO de 17 años, así como que puso de presente que es casado desde el 11 de noviembre de 1997 con la señora CLAUDIA JANNETH MORENO MARTÍN.

Adujo que tiene un local comercial donde desarrolla su profesión, ubicado en la Ciudad de Bogotá en la localidad de Kennedy, en el que ofrece productos que él mismo labora como independiente.

Que el horario en que mantiene abierto su establecimiento de comercio es flexible, como quiera que comparte el cuidado de su hijo con la actividad comercial, por lo que su horario de trabajo es en la mañana o en la tarde dependiendo las actividades que tenga que desarrollar.

Mencionó que desde el nacimiento de su hijo JULIÁN DAVID HERNÁNDEZ MORENO y ante las complicaciones del mismo, su cónyuge se encuentra



dedicada al hogar, pues antes laboraba. Que su hijo JULIÁN DAVID padece de una discapacidad ya que presenta parálisis cerebral, ceguera, no habla ni camina, no controla esfínteres y tiene rasgos autistas, lo que conllevó a que COLPENSIONES lo calificara con una pérdida de capacidad laboral del 100%, padecimientos todos que su hijo ha presentado desde su nacimiento.

La testigo DAYANA ROCÍO DÍAZ BERNAL (tachada de sospecha), expuso que es docente universitaria puesto que es Licenciada en Educación. Que conoce al demandante porque es el cónyuge de su cuñada CLAUDIA JANNETH MORENO MARTÍN, al igual que ella como testigo es la madrina del joven JULIÁN DAVID HERNÁNDEZ MORENO.

Que el demandante es casado, por ende, su núcleo familiar se compone por su cónyuge CLAUDIA MORENO, los hijos de nombre DANIELA nacida en 1996, JULIÁN nacido en el 2002 y SOFÍA nacida en el 2005, y ella como testigo los distingue hace 28 años. Puntualizó que el núcleo familiar vive en el Barrio La Florida pagando arriendo, siendo el demandante padre cabeza de familia ya que ante la condición del hijo JULIÁN DAVID, la esposa siempre permanece a su cuidado las 24 horas del día.

Expuso que el actor tiene una papelería que es el sustento de su hogar, así como que la señora CLAUDIA JANNETH MORENO MARTÍN depende de los ingresos del actor ya que no puede trabajar a razón de la discapacidad de JULIÁN DAVID.

Que JULIÁN DAVID HERNÁNDEZ MORENO nació prematuro en el año 2002, le hicieron una cirugía en sus ojos que no le fue favorable por cuanto quedó ciego, además que tiene una parálisis cerebral severa. Que al cuidado de JULIÁN ha estado a cargo en todo momento su madre señora CLAUDIA JANNETH, joven que en la actualidad cuenta tiene 20 años.

Frente al demandante, adujo que ha estado muy pendiente del cuidado de su hijo JULIÁN DAVID, quien ha compartido la responsabilidad con la esposa, refiriendo que la señora CLAUDIA JANNETH presenta tensión alta, apnea del sueño por cuanto el hijo depende solamente de la madre.



Que las hijas de la pareja, esto es, DANIELA y SOFÍA, la primera de ellas está terminando sus estudios universitarios, mientras que la segunda se graduó de bachillerato, y que ambas cuando se encuentran en vacaciones le colaboran a su madre en lo que respecta al cuidado de JULIÁN DAVID.

Relató que el joven JULIÁN DAVID necesita de pañales, crema por cuanto sufre de dermatitis, terapias, sin que haya algunas cosas que la EPS no le cubre como es el hecho de los pañales, siendo muy importante su alimentación. Que el demandante es quien sufre los gastos del hogar, y en ocasiones todos los familiares y conocidos tienen que reunirse y apoyarlo económicamente.

Que la cónyuge del actor no labora ni es pensionada, y tampoco tiene un ingreso económico por parte del Estado. Que la cónyuge del demandante de profesión es Diseñadora Gráfica y que el actor trabaja desde muy temprano, llegando a su hogar aproximadamente entre las 7:00 p.m. u 8:00 p.m., inclusive en ocasiones cuando es temporada de ventas llega más tarde, colaborando al cuidado del joven JULIÁN DAVID en las horas de la noche.

El testigo LUIS FERNANDO MARTÍN PINZÓN (tachado de sospecha), expuso que ostenta Doctorado y se dedica a la docencia universitaria. Que conoce al demandante desde hace más de 25 años cuando se casó con su prima CLAUDIA JANNETH MORENO.

Que la familia del demandante está compuesta por su esposa CLAUDIA JANNETH, pareja que tiene 3 hijos de nombre DANIELA quien tiene 25 años y es la mayor, JULIÁN quien es el segundo con 19 años y SOFÍA de 17 años. Que presenta una discapacidad múltiple severa ya que nació prematuro extremo, es invidente, no tiene control de esfínteres, no camina, no habla, requiere de un cuidado las 24 horas del día, sin que se valga por sus propios medios.

Que ambos padres colaboran con el cuidado de JULIÁN DAVID, adicional a que el actor también provee en lo económico el hogar como lo es el pago de arriendo, servicios públicos, la manutención de sus hijos, afiliaciones en la seguridad social y todo lo relacionado al mantenimiento del hogar.

Refirió que la señora CLAUDIA JANETH MORENO MARTÍN no tiene ningún ingreso económico ni ayuda o subsidio del Estado. Que la pareja tiene un negocio familiar como lo es una papelería, siendo el demandante quien lidere la parte económica del hogar.

Tiene conocimiento que el horario de trabajo del actor en la papelería abarca desde las 8:00 a.m. u 9:00 a.m. hasta la fecha en que se permita mantener abierto ese espacio.

Bajo esta égida, teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial emanado por el órgano de cierre, es palmario que el aquí demandante señor WILSON HERNÁNDEZ HEREDIA logró acreditar el tercer precepto o requisito para ser merecedor de la prestación especial por vejez encaminado a la demostración económica de su hijo JULIÁN DAVID HERNÁNDEZ MORENO.

Lo anterior, ya que enfática es la Corte en destacar que este requisito no puede ser entendido únicamente en el escenario de que el padre, como se da en el *sub examine*, además de ser la persona que supla las necesidades económicas del hijo afectado, también tenga que demostrar un cuidado a plenitud, en la medida que resulta entendible que por ser la cabeza del hogar en lo económico, propenda por el suministro de las necesidades básicas que recaen frente al hijo afectado, siendo obligación también de la madre una comprensión en propender por el cuidado del hijo en indefensión, obligación que se encuentra enmarcada dentro del marco constitucional colombiano, e inclusive internacional como se enmarcó en la sentencia relevante expuesta en precedencia.

Y es precisamente tal aspecto el que a juicio de la Sala se logró probar dentro del plenario de las declaraciones rendidas por los testigos DAYANA ROCÍO DÍAZ BERNAL (cuñada de la esposa del actor CLAUDIA JANETH MORENO MARTÍN y madrina del joven JULIÁN DAVID HERNÁNDEZ MORENO) y LUIS FERNANDO MARTÍNEZ PINZÓN (primo de la esposa del demandante CLAUDIA JANETH MORENO MARTÍN).

Ello por cuanto, dichos testigos fueron contestes en señalar que en efecto la madre del joven JULIÁN DAVID HERNÁNDEZ MORENO ante la notoria

afectación de su hijo tuvo que dedicarse a plenitud en su cuidado, teniendo que renunciar inclusive a sus actividades laborales, siendo el demandante señor WILSON HERNÁNDEZ HEREDIA quien se dedicara a las actividades laborales para suplir lo económico, sumado al hecho que este último también colaboraba con el cuidado del joven, especialmente en las noches, ya que al ser una persona discapacitada en un 100% a razón de las patologías que padece, requería de pleno cuidado las 24 horas del días.

Si bien las declaraciones de los testigos enunciados fueron tachados de sospecha por COLPENSIONES, a los mismos se les puede asignar plena credibilidad por cuanto al ser personas allegadas al entorno tanto del padre como del joven, palmario resulta el conocimiento directo de los acontecimientos ocurridos dentro del núcleo familiar, más aún cuando ambos también fueron contestes en precisar que en algunas ocasiones debían suministrar apoyo económico a la pareja para algunas urgencias que necesitara JULIAN DAVID; circunstancia por la cual, contrario a lo decidido en primera grado, la decisión de primera instancia habrá de ser revocada, para en su lugar condenar a la encartada a reconocer y pagar la pensión especial de vejez por hijo discapacitado al aquí demandante señor WILSON HERNÁNDEZ HEREDIA, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2º, parágrafo 4º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, disposición que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

e. Del monto y la fecha de disfrute de la prestación:

Como ya se enunció, el demandante acredita 1.357.29 semanas comprendidas entre el 1º de agosto de 1990 y el 31 de marzo de 2021 según se advierte de la historia laboral expedida por COLPENSIONES el 25 de mayo de 2021 (Fls. 17 a 28 – PDF 02 DEMANDA), por lo que se itera, supera el mínimo de semanas requeridas en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

En este punto, pertinente resulta poner de presente que en relación con la fecha desde la cual debe pagarse la pensión, la norma no establece expresamente la data de reconocimiento del derecho prestacional especial de vejez por hijo discapacitado; no obstante, es claro que debe acudirse al criterio de causación, que corresponde al momento en que se reúna la totalidad de los

requisitos contemplados por la norma para hacerse acreedor al derecho. Al respecto, el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 4º de la Ley 797 de 2003, señala que *“La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente.”* y la regla general sigue siendo la desvinculación del sistema como requisito necesario para el inicio de la percepción de la pensión.

En este orden de ideas, se tiene que para el momento en que se presentó la solicitud prestacional que lo fue el 9 de noviembre de 2020 como da cuenta la Resolución SUB 37801 del 15 de febrero de 2021 (Fls. 35 a 43 – PDF 02 DEMANDA), el demandante ya había cumplido la totalidad de los requisitos para el reconocimiento de la pensión, pues para dicha data tenía cotizadas más de 1.300 semanas exigidas para esa anualidad conforme lo contempla el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, y su hijo ya había sido declarado inválido, más exactamente mediante Dictamen No, 3996940 del 25 de agosto de 2020 que profiriera COLPENSIONES, siendo su último ciclo de cotizaciones en calidad de independiente en el mes de marzo de 2021.

En este punto, advierte la Sala que la Corte Suprema en sentencia SL17898-2016, Radicación No. 47492 del 30 de noviembre de 2016, incluso señala que el reconocimiento se debe efectuar a partir de la fecha de la última cotización, señalando lo siguiente:

“Ahora, se tiene que la demandante solicita el reconocimiento de la pensión a partir del 15 de agosto de 2005, fecha en la cual se estructuró la invalidez de su hija; no obstante, advierte la Sala que con posterioridad a dicha calenda, efectuó cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones desde el 1 de octubre de 2006 al 30 de marzo de 2007, en consecuencia, es a partir de esta última fecha que tiene derecho al pago de la prestación reclamada.”

Por lo expuesto, la pensión habrá de reconocerse a partir del 1º de abril del 2021, día siguiente a la última cotización efectuada por el demandante señor WILSON HERNÁNDEZ HEREDIA.

Advertido lo anterior, a continuación se procede a verificar el cálculo del I.B.L. de la primera mesada pensional, advirtiéndose que el ingreso base para liquidar la prestación debe ser el promedio de salarios cotizados durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor según certificación expedida por el DANE o el de toda la vida por haber cotizado el demandante al año 2021 más de 1250 semanas conforme lo dispone el artículo 21 Ley 100 de 1993.

Así las cosas, realizadas las operaciones aritméticas se tiene que la mesada pensional del demandante asciende al 1º de abril de 2021 en la suma de \$913.093.80, siéndole más favorable la calculada con el ingreso base de liquidación de toda la vida laboral, prestación que deberá cancelarse sobre 13 mesadas pensionales al año según se refleja:

Promedio Salarial Anual							
Año 1990							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/08/90	31/08/90	31	47.370,00	1.579,00	\$ 48.949,00		
01/09/90	30/09/90	30	47.370,00	1.579,00	\$ 47.370,00		
01/10/90	31/10/90	31	47.370,00	1.579,00	\$ 48.949,00		
01/11/90	30/11/90	30	47.370,00	1.579,00	\$ 47.370,00		
01/12/90	31/12/90	31	47.370,00	1.579,00	\$ 48.949,00		
Total días		153			\$ 241.587,00	\$ 1.579,00	\$ 47.370,00

Año 1991							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/91	31/01/91	31	54.630,00	1.821,00	\$ 56.451,00		
01/02/91	28/02/91	28	54.630,00	1.821,00	\$ 50.988,00		
01/03/91	31/03/91	31	54.630,00	1.821,00	\$ 56.451,00		
01/04/91	30/04/91	30	54.630,00	1.821,00	\$ 54.630,00		
01/05/91	31/05/91	31	54.630,00	1.821,00	\$ 56.451,00		
01/06/91	30/06/91	30	54.630,00	1.821,00	\$ 54.630,00		
08/07/91	08/07/91	1	111.000,00	3.700,00	\$ 3.700,00		
Total días		182			\$ 333.301,00	\$ 1.831,32	\$ 54.939,73

Año 1992							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
17/01/92	31/01/92	15	99.630,00	3.321,00	\$ 49.815,00		
01/02/92	29/02/92	29	99.630,00	3.321,00	\$ 96.309,00		
01/03/92	31/03/92	31	99.630,00	3.321,00	\$ 102.951,00		
01/04/92	30/04/92	30	99.630,00	3.321,00	\$ 99.630,00		
01/05/92	31/05/92	31	99.630,00	3.321,00	\$ 102.951,00		
01/06/92	30/06/92	30	99.630,00	3.321,00	\$ 99.630,00		
01/07/92	31/07/92	31	99.630,00	3.321,00	\$ 102.951,00		
01/08/92	31/08/92	31	123.210,00	4.107,00	\$ 127.317,00		
01/09/92	30/09/92	30	123.210,00	4.107,00	\$ 123.210,00		
01/10/92	31/10/92	31	123.210,00	4.107,00	\$ 127.317,00		
01/11/92	30/11/92	30	123.210,00	4.107,00	\$ 123.210,00		
01/12/92	31/12/92	31	123.210,00	4.107,00	\$ 127.317,00		
Total días		350			\$ 1.282.608,00	\$ 3.664,59	\$ 109.937,83



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Cala de Occidente Laboral

Año 1993							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/93	31/01/93	31	123.210,00	4.107,00	\$ 127.317,00		
01/02/93	28/02/93	28	123.210,00	4.107,00	\$ 114.996,00		
01/03/93	31/03/93	31	123.210,00	4.107,00	\$ 127.317,00		
01/04/93	30/04/93	30	150.270,00	5.009,00	\$ 150.270,00		
01/05/93	30/05/93	30	197.810,00	6.593,67	\$ 197.810,00		
01/06/93	30/06/93	30	181.050,00	6.035,00	\$ 181.050,00		
01/07/93	31/07/93	31	181.050,00	6.035,00	\$ 187.085,00		
01/08/93	31/08/93	31	234.720,00	7.824,00	\$ 242.544,00		
01/09/93	30/09/93	30	234.720,00	7.824,00	\$ 234.720,00		
01/10/93	31/10/93	31	234.720,00	7.824,00	\$ 242.544,00		
01/11/93	30/11/93	30	234.720,00	7.824,00	\$ 234.720,00		
01/12/93	31/12/93	31	234.720,00	7.824,00	\$ 242.544,00		
Total días		364			\$ 2.282.917,00	\$ 6.271,75	\$ 188.152,50

Año 1994							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/94	31/01/94	31	197.875,00	6.595,83	\$ 204.470,83		
01/02/94	28/02/94	28	197.875,00	6.595,83	\$ 184.683,33		
01/03/94	31/03/94	31	197.875,00	6.595,83	\$ 204.470,83		
01/04/94	30/04/94	30	225.520,00	7.517,33	\$ 225.520,00		
01/05/94	31/05/94	31	241.664,00	8.055,47	\$ 249.719,47		
01/06/94	30/06/94	30	241.664,00	8.055,47	\$ 241.664,00		
01/07/94	31/07/94	31	258.347,00	8.611,57	\$ 266.958,57		
01/08/94	31/08/94	31	262.664,00	8.755,47	\$ 271.419,47		
01/09/94	30/09/94	30	262.664,00	8.755,47	\$ 262.664,00		
Total días		273	-		\$ 2.111.570,50	\$ 7.734,69	\$ 232.040,71

Año 1995							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/95	31/01/95	30	448.000,00	14.933,33	\$ 448.000,00		
01/02/95	28/02/95	30	260.000,00	8.666,67	\$ 260.000,00		
01/03/95	31/03/95	30	225.000,00	7.500,00	\$ 225.000,00		
01/04/95	30/04/95	30	341.000,00	11.366,67	\$ 341.000,00		
01/05/95	31/05/95	30	316.000,00	10.533,33	\$ 316.000,00		
01/06/95	30/06/95	30	286.000,00	9.533,33	\$ 286.000,00		
01/07/95	31/07/95	30	288.000,00	9.600,00	\$ 288.000,00		
01/08/95	31/08/95	14	325.000,00	10.833,33	\$ 151.666,67		
01/09/95	30/09/95	30	303.000,00	10.100,00	\$ 303.000,00		
01/10/95	31/10/95	30	449.927,00	14.997,57	\$ 449.927,00		
01/11/95	30/11/95	30	455.330,00	15.177,67	\$ 455.330,00		
01/12/95	31/12/95	30	444.073,00	14.802,43	\$ 444.073,00		
Total días		344			\$ 3.967.996,67	\$ 11.534,87	\$ 346.046,22

Año 1996							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/96	31/01/96	30	431.000,00	14.366,67	\$ 431.000,00		
01/02/96	29/02/96	30	286.364,00	9.545,47	\$ 286.364,00		
01/03/96	31/03/96	30	285.534,00	9.517,80	\$ 285.534,00		
01/04/96	30/04/96	30	310.561,00	10.352,03	\$ 310.561,00		
01/05/96	31/05/96	30	345.862,00	11.528,73	\$ 345.862,00		
01/06/96	30/06/96	30	542.000,00	18.066,67	\$ 542.000,00		
01/07/96	31/07/96	30	612.806,00	20.426,87	\$ 612.806,00		
01/08/96	31/08/96	30	399.338,00	13.311,27	\$ 399.338,00		
01/09/96	30/09/96	30	889.000,00	29.633,33	\$ 889.000,00		
01/10/96	31/10/96	30	345.000,00	11.500,00	\$ 345.000,00		
01/11/96	30/11/96	30	345.000,00	11.500,00	\$ 345.000,00		
01/12/96	31/12/96	30	937.000,00	31.233,33	\$ 937.000,00		
Total días		360			\$ 5.729.465,00	\$ 15.915,18	\$ 477.455,42



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Saldo de Cuenta Laboral

Año 1997							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/97	31/01/97	30	460.000,00	15.333,33	\$ 460.000,00		
01/02/97	28/02/97	30	345.000,00	11.500,00	\$ 345.000,00		
01/03/97	31/03/97	30	345.000,00	11.500,00	\$ 345.000,00		
01/04/97	30/04/97	30	345.000,00	11.500,00	\$ 345.000,00		
01/05/97	31/05/97	30	421.000,00	14.033,33	\$ 421.000,00		
01/06/97	30/06/97	30	421.000,00	14.033,33	\$ 421.000,00		
01/07/97	31/07/97	30	427.000,00	14.233,33	\$ 427.000,00		
01/08/97	31/08/97	30	534.000,00	17.800,00	\$ 534.000,00		
01/09/97	30/09/97	30	424.000,00	14.133,33	\$ 424.000,00		
01/10/97	31/10/97	30	409.000,00	13.633,33	\$ 409.000,00		
01/11/97	30/11/97	30	421.000,00	14.033,33	\$ 421.000,00		
01/12/97	31/12/97	30	548.000,00	18.266,67	\$ 548.000,00		
Total días		360			\$ 5.100.000,00	\$ 14.166,67	\$ 425.000,00

Año 1998							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/98	31/01/98	30	484.000,00	16.133,33	\$ 484.000,00		
01/02/98	28/02/98	30	549.000,00	18.300,00	\$ 549.000,00		
01/03/98	31/03/98	30	483.000,00	16.100,00	\$ 483.000,00		
01/04/98	30/04/98	30	686.000,00	22.866,67	\$ 686.000,00		
01/05/98	31/05/98	30	535.000,00	17.833,33	\$ 535.000,00		
01/06/98	30/06/98	30	514.000,00	17.133,33	\$ 514.000,00		
01/07/98	31/07/98	30	514.000,00	17.133,33	\$ 514.000,00		
01/08/98	31/08/98	30	514.000,00	17.133,33	\$ 514.000,00		
01/09/98	30/09/98	30	514.000,00	17.133,33	\$ 514.000,00		
01/10/98	31/10/98	30	495.000,00	16.500,00	\$ 495.000,00		
01/11/98	30/11/98	30	650.000,00	21.666,67	\$ 650.000,00		
01/12/98	31/12/98	30	668.000,00	22.266,67	\$ 668.000,00		
Total días		360			\$ 6.606.000,00	\$ 18.350,00	\$ 550.500,00

Año 1999							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/99	31/01/99	30	640.000,00	21.333,33	\$ 640.000,00		
01/02/99	28/02/99	30	671.000,00	22.366,67	\$ 671.000,00		
01/03/99	31/03/99	30	556.000,00	18.533,33	\$ 556.000,00		
01/04/99	30/04/99	30	635.000,00	21.166,67	\$ 635.000,00		
01/05/99	31/05/99	30	805.000,00	26.833,33	\$ 805.000,00		
01/06/99	30/06/99	30	726.000,00	24.200,00	\$ 726.000,00		
01/07/99	31/07/99	30	711.000,00	23.700,00	\$ 711.000,00		
01/08/99	31/08/99	30	768.000,00	25.600,00	\$ 768.000,00		
01/09/99	30/09/99	15	1.113.000,00	37.100,00	\$ 556.500,00		
01/10/99	31/10/99	30	641.000,00	21.366,67	\$ 641.000,00		
01/11/99	30/11/99	30	634.000,00	21.133,33	\$ 634.000,00		
01/12/99	31/12/99	30	691.000,00	23.033,33	\$ 691.000,00		
Total días		345			\$ 8.034.500,00	\$ 23.288,41	\$ 698.652,17

Año 2000							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/00	31/01/00	30	596.000,00	19.866,67	\$ 596.000,00		
01/02/00	29/02/00	30	676.000,00	22.533,33	\$ 676.000,00		
01/03/00	31/03/00	30	596.000,00	19.866,67	\$ 596.000,00		
01/04/00	30/04/00	30	944.000,00	31.466,67	\$ 944.000,00		
01/05/00	31/05/00	30	826.000,00	27.533,33	\$ 826.000,00		
01/06/00	30/06/00	30	1.035.000,00	34.500,00	\$ 1.035.000,00		
01/07/00	31/07/00	30	881.000,00	29.366,67	\$ 881.000,00		
01/08/00	31/08/00	30	864.000,00	28.800,00	\$ 864.000,00		
01/09/00	30/09/00	30	650.000,00	21.666,67	\$ 650.000,00		
01/10/00	31/10/00	30	650.000,00	21.666,67	\$ 650.000,00		
01/11/00	30/11/00	30	650.000,00	21.666,67	\$ 650.000,00		
01/12/00	31/12/00	30	650.000,00	21.666,67	\$ 650.000,00		
Total días		360			\$ 9.018.000,00	\$ 25.050,00	\$ 751.500,00



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Saldo de Inestabilidad Laboral

Año 2001							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/01	31/01/01	30	650.000,00	21.666,67	\$ 650.000,0		
01/02/01	28/02/01	30	762.000,00	25.400,00	\$ 762.000,0		
01/03/01	31/03/01	30	740.000,00	24.666,67	\$ 740.000,0		
01/04/01	30/04/01	30	669.000,00	22.300,00	\$ 669.000,0		
01/05/01	31/05/01	30	715.000,00	23.833,33	\$ 715.000,0		
01/06/01	30/06/01	30	715.000,00	23.833,33	\$ 715.000,0		
01/07/01	31/07/01	30	809.000,00	26.966,67	\$ 809.000,0		
01/08/01	31/08/01	30	822.000,00	27.400,00	\$ 822.000,0		
01/09/01	30/09/01	30	715.000,00	23.833,33	\$ 715.000,0		
01/10/01	31/10/01	30	862.000,00	28.733,33	\$ 862.000,0		
01/11/01	30/11/01	30	715.000,00	23.833,33	\$ 715.000,0		
01/12/01	31/12/01	30	715.000,00	23.833,33	\$ 715.000,0		
Total días		360			\$ 8.889.000,0	\$ 24.691,67	\$ 740.750,00

Año 2002							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/02	31/01/02	30	715.000,00	23.833,33	\$ 715.000,0		
01/02/02	28/02/02	30	927.000,00	30.900,00	\$ 927.000,0		
01/03/02	31/03/02	30	895.000,00	29.833,33	\$ 895.000,0		
01/04/02	30/04/02	30	964.000,00	32.133,33	\$ 964.000,0		
01/05/02	31/05/02	30	1.165.000,00	38.833,33	\$ 1.165.000,0		
01/06/02	30/06/02	30	831.000,00	27.700,00	\$ 831.000,0		
01/07/02	31/07/02	30	815.000,00	27.166,67	\$ 815.000,0		
01/08/02	31/08/02	30	772.000,00	25.733,33	\$ 772.000,0		
01/09/02	30/09/02	30	772.000,00	25.733,33	\$ 772.000,0		
01/10/02	31/10/02	30	772.000,00	25.733,33	\$ 772.000,0		
01/11/02	30/11/02	30	772.000,00	25.733,33	\$ 772.000,0		
01/12/02	31/12/02	30	772.000,00	25.733,33	\$ 772.000,0		
Total días		360			\$ 10.172.000,0	\$ 28.255,56	\$ 847.666,67

Año 2003							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/03	31/01/03	30	1.027.000,00	34.233,33	\$ 1.027.000,0		
Total días		30			\$ 1.027.000,0	\$ 34.233,33	\$ 1.027.000,00

Año 2004							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/09/04	30/09/04	25	364.000,00	12.133,33	\$ 303.333,3		
01/10/04	31/10/04	30	433.000,00	14.433,33	\$ 433.000,0		
01/11/04	30/11/04	30	430.000,00	14.333,33	\$ 430.000,0		
01/12/04	31/12/04	30	430.000,00	14.333,33	\$ 430.000,0		
Total días		115			\$ 1.596.333,3	\$ 13.881,16	\$ 416.434,78

Año 2006							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/08/06	31/08/06	6	103.000,00	3.433,33	\$ 20.600,0		
01/10/06	31/10/06	20	496.000,00	16.533,33	\$ 330.666,7		
01/11/06	30/11/06	30	787.000,00	26.233,33	\$ 787.000,0		
01/12/06	31/12/06	30	782.000,00	26.066,67	\$ 782.000,0		
Total días		86			\$ 1.920.266,7	\$ 22.328,68	\$ 669.860,47

Año 2007							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/07	31/01/07	30	746.000,00	24.866,67	\$ 746.000,0		
01/02/07	28/02/07	30	953.000,00	31.766,67	\$ 953.000,0		
01/03/07	31/03/07	30	804.000,00	26.800,00	\$ 804.000,0		
01/04/07	30/04/07	30	700.000,00	23.333,33	\$ 700.000,0		
01/05/07	31/05/07	30	700.000,00	23.333,33	\$ 700.000,0		
01/06/07	30/06/07	30	722.000,00	24.066,67	\$ 722.000,0		
01/07/07	31/07/07	30	434.000,00	14.466,67	\$ 434.000,0		
01/08/07	30/08/07	30	796.000,00	26.533,33	\$ 796.000,0		
01/09/07	30/09/07	30	700.000,00	23.333,33	\$ 700.000,0		
01/10/07	31/10/07	30	715.000,00	23.833,33	\$ 715.000,0		
01/11/07	30/11/07	30	700.000,00	23.333,33	\$ 700.000,0		
01/12/07	31/12/07	30	766.000,00	25.533,33	\$ 766.000,0		
Total días		360			\$ 8.736.000,0	\$ 24.266,67	\$ 728.000,00



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Año 2008							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/08	31/01/08	30	715.000,00	23.833,33	\$ 715.000,0		
01/02/08	29/02/08	30	972.000,00	32.400,00	\$ 972.000,0		
01/03/08	31/03/08	30	798.000,00	26.600,00	\$ 798.000,0		
01/04/08	30/04/08	30	862.000,00	28.733,33	\$ 862.000,0		
01/05/08	31/05/08	30	831.000,00	27.700,00	\$ 831.000,0		
01/06/08	30/06/08	30	771.000,00	25.700,00	\$ 771.000,0		
01/07/08	31/07/08	30	928.000,00	30.933,33	\$ 928.000,0		
01/08/08	31/08/08	30	568.000,00	18.933,33	\$ 568.000,0		
01/09/08	30/09/08	30	853.000,00	28.433,33	\$ 853.000,0		
01/10/08	31/10/08	30	843.000,00	28.100,00	\$ 843.000,0		
01/11/08	30/11/08	30	828.000,00	27.600,00	\$ 828.000,0		
01/12/08	31/12/08	30	794.000,00	26.466,67	\$ 794.000,0		
Total días		360			\$ 9.763.000,0	\$ 27.119,44	\$ 813.583,33

Año 2009							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/09	31/01/09	30	775.000,00	25.833,33	\$ 775.000,0		
01/02/09	28/02/09	30	875.000,00	29.166,67	\$ 875.000,0		
01/04/09	30/04/09	30	497.000,00	16.566,67	\$ 497.000,0		
01/05/09	31/05/09	30	497.000,00	16.566,67	\$ 497.000,0		
01/06/09	30/06/09	30	497.000,00	16.566,67	\$ 497.000,0		
01/07/09	31/07/09	30	497.000,00	16.566,67	\$ 497.000,0		
01/08/09	31/08/09	30	497.000,00	16.566,67	\$ 497.000,0		
01/09/09	30/09/09	30	497.000,00	16.566,67	\$ 497.000,0		
01/10/09	31/10/09	30	497.000,00	16.566,67	\$ 497.000,0		
01/11/09	30/11/09	30	497.000,00	16.566,67	\$ 497.000,0		
01/12/09	31/12/09	30	497.000,00	16.566,67	\$ 497.000,0		
Total días		330			\$ 6.123.000,0	\$ 18.554,55	\$ 556.636,36

Año 2010							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/10	31/01/10	30	515.000,00	17.166,67	\$ 515.000,0		
01/02/10	28/02/10	30	515.000,00	17.166,67	\$ 515.000,0		
01/03/10	31/03/10	30	515.000,00	17.166,67	\$ 515.000,0		
01/04/10	30/04/10	30	515.000,00	17.166,67	\$ 515.000,0		
01/05/10	31/05/10	30	515.000,00	17.166,67	\$ 515.000,0		
01/06/10	30/06/10	30	515.000,00	17.166,67	\$ 515.000,0		
01/07/10	31/07/10	30	515.000,00	17.166,67	\$ 515.000,0		
01/08/10	31/08/10	30	515.000,00	17.166,67	\$ 515.000,0		
01/09/10	30/09/10	30	515.000,00	17.166,67	\$ 515.000,0		
01/10/10	31/10/10	30	515.000,00	17.166,67	\$ 515.000,0		
01/11/10	30/11/10	30	515.000,00	17.166,67	\$ 515.000,0		
01/12/10	31/12/10	30	515.000,00	17.166,67	\$ 515.000,0		
Total días		360			\$ 6.180.000,0	\$ 17.166,67	\$ 515.000,00

Año 2011							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/11	31/01/11	30	536.000,00	17.866,67	\$ 536.000,0		
01/02/11	28/02/11	30	536.000,00	17.866,67	\$ 536.000,0		
01/03/11	31/03/11	30	536.000,00	17.866,67	\$ 536.000,0		
01/04/11	30/04/11	30	536.000,00	17.866,67	\$ 536.000,0		
01/05/11	31/05/11	30	536.000,00	17.866,67	\$ 536.000,0		
01/06/11	30/06/11	30	536.000,00	17.866,67	\$ 536.000,0		
01/07/11	31/07/11	30	536.000,00	17.866,67	\$ 536.000,0		
01/08/11	31/08/11	30	536.000,00	17.866,67	\$ 536.000,0		
01/09/11	30/09/11	30	800.000,00	26.666,67	\$ 800.000,0		
01/10/11	31/10/11	30	924.000,00	30.800,00	\$ 924.000,0		
01/11/11	30/11/11	30	833.000,00	27.766,67	\$ 833.000,0		
01/12/11	31/12/11	30	1.011.000,00	33.700,00	\$ 1.011.000,0		
Total días		360			\$ 7.856.000,0	\$ 21.822,22	\$ 654.666,67



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Saldo de Unidades Laborales

Año 2012							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/12	31/01/12	30	1.245.000,00	41.500,00	\$ 1.245.000,0		
01/02/12	29/02/12	30	1.193.000,00	39.766,67	\$ 1.193.000,0		
01/03/12	31/03/12	30	919.000,00	30.633,33	\$ 919.000,0		
01/04/12	30/04/12	30	869.000,00	28.966,67	\$ 869.000,0		
01/05/12	31/05/12	30	898.000,00	29.933,33	\$ 898.000,0		
01/06/12	30/06/12	30	830.000,00	27.666,67	\$ 830.000,0		
01/07/12	31/07/12	30	830.000,00	27.666,67	\$ 830.000,0		
01/08/12	31/08/12	30	1.039.000,00	34.633,33	\$ 1.039.000,0		
01/09/12	30/09/12	30	830.000,00	27.666,67	\$ 830.000,0		
01/10/12	31/10/12	30	830.000,00	27.666,67	\$ 830.000,0		
01/11/12	30/11/12	30	830.000,00	27.666,67	\$ 830.000,0		
01/12/12	31/12/12	30	830.000,00	27.666,67	\$ 830.000,0		
Total días		360			\$ 11.143.000,0	\$ 30.952,78	\$ 928.583,33

Año 2013							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/13	31/01/13	30	1.017.000,00	33.900,00	\$ 1.017.000,0		
01/02/13	28/02/13	30	900.000,00	30.000,00	\$ 900.000,0		
01/03/13	31/03/13	30	1.117.000,00	37.233,33	\$ 1.117.000,0		
01/04/13	30/04/13	30	981.000,00	32.700,00	\$ 981.000,0		
01/05/13	31/05/13	30	900.000,00	30.000,00	\$ 900.000,0		
01/06/13	30/06/13	30	1.317.000,00	43.900,00	\$ 1.317.000,0		
01/07/13	31/07/13	30	900.000,00	30.000,00	\$ 900.000,0		
01/08/13	31/08/13	30	1.074.000,00	35.800,00	\$ 1.074.000,0		
01/09/13	30/09/13	30	998.000,00	33.266,67	\$ 998.000,0		
01/10/13	31/10/13	30	993.000,00	33.100,00	\$ 993.000,0		
01/11/13	30/11/13	30	1.044.000,00	34.800,00	\$ 1.044.000,0		
01/12/13	31/12/13	30	956.000,00	31.866,67	\$ 956.000,0		
Total días		360			\$ 12.197.000,0	\$ 33.880,56	\$ 1.016.416,67

Año 2014							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/14	31/01/14	30	951.000,00	31.700,00	\$ 951.000,0		
01/02/14	28/02/14	30	1.123.000,00	37.433,33	\$ 1.123.000,0		
01/03/14	31/03/14	30	1.141.000,00	38.033,33	\$ 1.141.000,0		
01/04/14	30/04/14	30	932.000,00	31.066,67	\$ 932.000,0		
01/05/14	31/05/14	30	1.145.000,00	38.166,67	\$ 1.145.000,0		
01/06/14	30/06/14	30	975.000,00	32.500,00	\$ 975.000,0		
01/07/14	31/07/14	30	932.000,00	31.066,67	\$ 932.000,0		
01/08/14	31/08/14	30	1.030.000,00	34.333,33	\$ 1.030.000,0		
01/09/14	30/09/14	30	932.000,00	31.066,67	\$ 932.000,0		
01/10/14	31/10/14	30	932.000,00	31.066,67	\$ 932.000,0		
01/11/14	30/11/14	30	1.083.000,00	36.100,00	\$ 1.083.000,0		
01/12/14	31/12/14	30	1.100.000,00	36.666,67	\$ 1.100.000,0		
Total días		360			\$ 12.276.000,0	\$ 34.100,00	\$ 1.023.000,00

Año 2015							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/15	31/01/15	30	1.292.000,00	43.066,67	\$ 1.292.000,0		
01/02/15	28/02/15	30	1.223.000,00	40.766,67	\$ 1.223.000,0		
01/03/15	31/03/15	30	995.000,00	33.166,67	\$ 995.000,0		
01/04/15	30/04/15	30	1.042.000,00	34.733,33	\$ 1.042.000,0		
01/05/15	31/05/15	30	1.053.000,00	35.100,00	\$ 1.053.000,0		
01/06/15	30/06/15	30	1.005.000,00	33.500,00	\$ 1.005.000,0		
01/07/15	31/07/15	30	975.000,00	32.500,00	\$ 975.000,0		
01/08/15	31/08/15	30	1.005.000,00	33.500,00	\$ 1.005.000,0		
01/09/15	30/09/15	30	1.216.000,00	40.533,33	\$ 1.216.000,0		
01/10/15	31/10/15	30	975.000,00	32.500,00	\$ 975.000,0		
01/11/15	30/11/15	30	1.095.000,00	36.500,00	\$ 1.095.000,0		
01/12/15	31/12/15	30	1.033.000,00	34.433,33	\$ 1.033.000,0		
Total días		360			\$ 12.909.000,0	\$ 35.858,33	\$ 1.075.750,00



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Saldo de Unidades Laborales

Año 2016							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/16	31/01/16	30	975.000,00	32.500,00	\$ 975.000,0		
01/02/16	28/02/16	30	1.106.000,00	36.866,67	\$ 1.106.000,0		
01/03/16	31/03/16	30	1.303.000,00	43.433,33	\$ 1.303.000,0		
01/04/16	30/04/16	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,0		
01/05/16	31/05/16	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,0		
01/06/16	30/06/16	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,0		
01/07/16	31/07/16	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,0		
01/08/16	31/08/16	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,0		
01/09/16	30/09/16	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,0		
01/10/16	31/10/16	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,0		
01/11/16	30/11/16	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,0		
01/12/16	31/12/16	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,0		
Total días		360			\$ 12.384.000,0	\$ 34.400,00	\$ 1.032.000,00

Año 2017							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/17	31/01/17	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,0		
01/02/17	28/02/17	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,0		
01/03/17	31/03/17	30	737.717,00	24.590,57	\$ 737.717,0		
01/04/17	30/04/17	30	737.717,00	24.590,57	\$ 737.717,0		
01/05/17	31/05/17	30	737.717,00	24.590,57	\$ 737.717,0		
01/06/17	30/06/17	30	737.717,00	24.590,57	\$ 737.717,0		
01/07/17	31/07/17	30	737.717,00	24.590,57	\$ 737.717,0		
01/08/17	31/08/17	30	737.717,00	24.590,57	\$ 737.717,0		
01/09/17	30/09/17	30	737.717,00	24.590,57	\$ 737.717,0		
01/10/17	31/10/17	30	737.717,00	24.590,57	\$ 737.717,0		
01/11/17	30/11/17	30	737.717,00	24.590,57	\$ 737.717,0		
01/12/17	31/12/17	30	737.717,00	24.590,57	\$ 737.717,0		
Total días		360			\$ 9.377.170,0	\$ 26.047,69	\$ 781.430,83

Año 2018							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/18	31/01/18	28	781.242,00	26.041,40	\$ 729.159,2		
01/02/18	28/02/18	30	781.242,00	26.041,40	\$ 781.242,0		
01/03/18	31/03/18	30	781.242,00	26.041,40	\$ 781.242,0		
01/04/18	30/04/18	30	781.242,00	26.041,40	\$ 781.242,0		
01/05/18	31/05/18	30	781.242,00	26.041,40	\$ 781.242,0		
01/06/18	30/06/18	30	781.242,00	26.041,40	\$ 781.242,0		
01/07/18	31/07/18	30	781.242,00	26.041,40	\$ 781.242,0		
01/08/18	31/08/18	30	781.242,00	26.041,40	\$ 781.242,0		
01/09/18	30/09/18	30	781.242,00	26.041,40	\$ 781.242,0		
01/10/18	31/10/18	30	781.242,00	26.041,40	\$ 781.242,0		
01/11/18	30/11/18	30	781.242,00	26.041,40	\$ 781.242,0		
01/12/18	31/12/18	30	781.242,00	26.041,40	\$ 781.242,0		
Total días		358			\$ 9.322.821,2	\$ 26.041,40	\$ 781.242,00

Año 2019							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/19	31/01/19	30	828.116,00	27.603,87	\$ 828.116,0		
01/02/19	28/02/19	30	828.116,00	27.603,87	\$ 828.116,0		
01/03/19	31/03/19	30	828.116,00	27.603,87	\$ 828.116,0		
01/04/19	30/04/19	30	828.116,00	27.603,87	\$ 828.116,0		
01/05/19	31/05/19	30	828.116,00	27.603,87	\$ 828.116,0		
01/06/19	30/06/19	30	828.116,00	27.603,87	\$ 828.116,0		
01/07/19	31/07/19	30	828.116,00	27.603,87	\$ 828.116,0		
01/08/19	31/08/19	30	828.116,00	27.603,87	\$ 828.116,0		
01/09/19	30/09/19	30	828.116,00	27.603,87	\$ 828.116,0		
01/10/19	31/10/19	30	828.116,00	27.603,87	\$ 828.116,0		
01/11/19	30/11/19	30	828.116,00	27.603,87	\$ 828.116,0		
01/12/19	31/12/19	30	828.116,00	27.603,87	\$ 828.116,0		
Total días		360			\$ 9.937.392,0	\$ 27.603,87	\$ 828.116,00

Año 2020							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/20	31/01/20	30	878.000,00	29.266,67	\$ 878.000,0		
01/02/20	28/02/20	30	878.000,00	29.266,67	\$ 878.000,0		
01/03/20	31/03/20	30	878.000,00	29.266,67	\$ 878.000,0		
01/04/20	30/04/20	30	877.803,00	29.260,10	\$ 877.803,0		
01/05/20	31/05/20	30	877.803,00	29.260,10	\$ 877.803,0		
01/06/20	30/06/20	30	877.803,00	29.260,10	\$ 877.803,0		
01/07/20	31/07/20	30	877.803,00	29.260,10	\$ 877.803,0		
01/08/20	31/08/20	30	877.803,00	29.260,10	\$ 877.803,0		
01/09/20	30/09/20	30	877.803,00	29.260,10	\$ 877.803,0		
01/10/20	31/10/20	30	877.803,00	29.260,10	\$ 877.803,0		
01/11/20	30/11/20	30	877.803,00	29.260,10	\$ 877.803,0		
01/12/20	31/12/20	30	877.803,00	29.260,10	\$ 877.803,0		
Total días		360			\$ 10.534.227,0	\$ 29.261,74	\$ 877.852,25

Año 2021							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/21	31/01/21	30	908.526,00	30.284,20	\$ 908.526,0		
01/02/21	28/02/21	30	908.526,00	30.284,20	\$ 908.526,0		
01/03/21	31/03/21	30	908.526,00	30.284,20	\$ 908.526,0		
Total días		90			\$ 2.725.578,0	\$ 30.284,20	\$ 908.526,00

Cálculo Toda la vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1990	153	5,780	105,48	18,249	\$ 47.370,00	\$ 864.461,52	\$ 4.408.753,76
1991	182	7,650	105,48	13,788	\$ 54.939,73	\$ 757.521,86	\$ 4.595.632,61
1992	350	9,700	105,48	10,874	\$ 109.937,83	\$ 1.195.488,88	\$ 13.947.370,29
1993	364	12,140	105,48	8,689	\$ 188.152,50	\$ 1.634.787,95	\$ 19.835.427,11
1994	273	14,890	105,48	7,084	\$ 232.040,71	\$ 1.643.764,58	\$ 14.958.257,65
1995	344	18,250	105,48	5,780	\$ 346.046,22	\$ 2.000.052,35	\$ 22.933.933,61
1996	360	21,800	105,48	4,839	\$ 477.455,42	\$ 2.310.183,36	\$ 27.722.200,38
1997	360	26,520	105,48	3,977	\$ 425.000,00	\$ 1.690.384,62	\$ 20.284.615,38
1998	360	31,210	105,48	3,380	\$ 550.500,00	\$ 1.860.517,14	\$ 22.326.205,70
1999	345	36,420	105,48	2,896	\$ 698.652,17	\$ 2.023.444,02	\$ 23.269.606,26
2000	360	39,790	105,48	2,651	\$ 751.500,00	\$ 1.992.164,36	\$ 23.905.972,35
2001	360	43,270	105,48	2,438	\$ 740.750,00	\$ 1.805.738,62	\$ 21.668.863,42
2002	360	46,580	105,48	2,264	\$ 847.666,67	\$ 1.919.533,71	\$ 23.034.404,47
2003	30	49,830	105,48	2,117	\$ 1.027.000,00	\$ 2.173.950,63	\$ 2.173.950,63
2004	115	53,070	105,48	1,988	\$ 416.434,78	\$ 827.690,61	\$ 3.172.814,02
2006	86	58,700	105,48	1,797	\$ 669.860,47	\$ 1.203.694,75	\$ 3.450.591,62
2007	360	61,330	105,48	1,720	\$ 728.000,00	\$ 1.252.069,79	\$ 15.024.837,44
2008	360	64,820	105,48	1,627	\$ 813.583,33	\$ 1.323.924,25	\$ 15.887.091,02
2009	330	69,800	105,48	1,511	\$ 556.636,36	\$ 841.174,84	\$ 9.252.923,21
2010	360	71,200	105,48	1,481	\$ 515.000,00	\$ 762.952,25	\$ 9.155.426,97
2011	360	73,450	105,48	1,436	\$ 654.666,67	\$ 940.153,03	\$ 11.281.836,35
2012	360	76,190	105,48	1,384	\$ 928.583,33	\$ 1.285.562,02	\$ 15.426.744,19
2013	360	78,050	105,48	1,351	\$ 1.016.416,67	\$ 1.373.627,55	\$ 16.483.530,56
2014	360	79,560	105,48	1,326	\$ 1.023.000,00	\$ 1.356.285,07	\$ 16.275.420,81
2015	360	82,470	105,48	1,279	\$ 1.075.750,00	\$ 1.375.895,60	\$ 16.510.747,18
2016	360	88,050	105,48	1,198	\$ 1.032.000,00	\$ 1.236.290,29	\$ 14.835.483,48
2017	360	93,110	105,48	1,133	\$ 781.430,83	\$ 885.246,74	\$ 10.622.960,92
2018	358	96,920	105,48	1,088	\$ 781.242,00	\$ 850.241,50	\$ 10.146.215,23
2019	360	100,000	105,48	1,055	\$ 828.116,00	\$ 873.496,76	\$ 10.481.961,08
2020	360	103,800	105,48	1,016	\$ 877.852,25	\$ 892.060,26	\$ 10.704.723,16
2021	90	105,480	105,48	1,000	\$ 908.526,00	\$ 908.526,00	\$ 2.725.578,00
Total días	9500				Total devengado actualizado a: 2021		\$ 436.504.078,87
Total semanas	1357,14				Ingreso Base Liquidación		\$ 1.378.433,93
Total Años	21,09				Porcentaje aplicado		66,24%
					Primera mesada		\$ 913.093,80
					Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año 2021		\$ 908.526,00

Ello conduce a su vez a que deberá condenársele a COLPENSIONES pagar a razón de retroactivo pensional por el periodo comprendido entre el 1º de abril de 2021 y el 29 de febrero de 2024 el valor de \$39.810.940, suma que deberá

cancelarse debidamente indexada al momento en que se produzca el correspondiente pago, en los siguientes términos:

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	N°. Mesadas	Subtotal
01/04/21	31/12/21	1,61%	\$ 913.094,00	10,00	\$ 9.130.940,0
01/01/22	31/12/22	5,62%	\$ 1.000.000,00	13,00	\$ 13.000.000,0
01/01/23	31/12/23	13,12%	\$ 1.160.000,00	13,00	\$ 15.080.000,0
01/01/24	29/02/24	9,28%	\$ 1.300.000,00	2,00	\$ 2.600.000,0
Total retroactivo					\$ 39.810.940,00

Sobre tal emolumento, se autorizará a COLPENSIONES con la finalidad de que efectúe los correspondientes descuentos en salud.

f. Del pago de los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993:

Alega la parte demandante la imposición de estos rubros. Al respecto, sea lo primero indicar que, en tratándose de pago de intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la Corte en sentencia SL3405-2021, Radicación No. 79723 del 27 de julio de 2021, fue específica sobre las situaciones de su aplicabilidad, al respecto señaló:

“Ahora, aun cuando la Sala entendiera que al confirmar la decisión de primer grado avaló la imposición de los mencionados réditos, lo cierto es que resultarían procedentes conforme a lo que se explica a continuación:

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 dispuso que:

A partir del 1o. de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago.

Tales réditos tienen una naturaleza resarcitoria y no propiamente sancionatoria, dado que buscan subsanar económicamente al acreedor por la mora del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones. Dicho, en otros términos, corresponden a una compensación encaminada a aminorar los efectos adversos que produce la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones (CSJ SL13388-2014 y CSJ SL7893-2015).

En tal dirección, se ha precisado que se deben imponer al margen de la buena o mala fe en que haya incurrido la administradora, siempre que se demuestre el retardo injustificado por parte del obligado.

*Además, la jurisprudencia ha establecido una serie de eventos en los que se exceptúa su pago. En efecto, la Sala ha puntualizado algunas circunstancias en las que se releva el pago de los intereses moratorios, entre estas, **cuando se niega la pensión con apego minucioso a la ley vigente o cuando la prestación se otorga en virtud de un cambio jurisprudencial**, dado que la entidad obligada no podía prever el nuevo entendimiento o interpretación dada a la norma que regula el derecho pensional (CSJ SL5079-2018, reiterada en CSJ SL4103-2019 y CSJ SL1346 de 2020)."*

Al unísono, a criterio de la Sala no goza de prosperidad esta condena, como quiera que en el asunto de marras palmario resulta que la pensión especial de vejez por hijo discapacitado se está otorgando en virtud de un cambio doctrinado emanado por la Corporación de cierre, por lo que habrá de absolverse respecto de esta súplica.

g. De la excepción de prescripción:

De entrada, advierte la Sala que no hay prescripción de ninguna mesada pensional, pues de conformidad con lo estatuido en los artículos 488 y 489 del C.S.T., así como en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., según se advierte de la Resolución SUB 37801 del 15 de febrero de 2021, el demandante solicitó el 9 de noviembre de 2020 el pago de la pensión especial de vejez, la cual fue negada por COLPENSIONES, lo que conllevó a que el mismo instaurara la presente demanda el 3 de agosto de 2021 (PDF 01 ACTA REPARTO); circunstancia por la cual, no operó fenómeno trienal prescriptivo alguno.

SIN COSTAS en esta instancia. Las de primer grado correrán a cargo de COLPENSIONES.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:



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

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a COLPENSIONES reconocer y pagar al aquí demandante señor WILSON HERNÁNDEZ HEREDIA, la pensión especial de vejez por su hijo discapacitado JULIÁN DAVID HERNÁNDEZ MORENO de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2º, parágrafo 4º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, disposición que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1º de abril de 2021 en cuantía inicial de \$913.093.80, según lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar al demandante señor WILSON HERNÁNDEZ HEREDIA, el retroactivo pensional a razón de 13 mesadas pensionales por el periodo comprendido entre el 1º de abril de 2021 y el 29 de febrero de 2024 las suma de \$39.810.940, monto que deberá ser indexado al momento en que se produzca su pago y sin perjuicio de las mesadas que se causen con posterioridad, así como que se **AUTORIZA** a la entidad con la finalidad de que efectúe los correspondientes descuentos en salud.

CUARTO: ABSOLVER a COLPENSIONES de las demás pretensiones formuladas en su contra.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primer grado correrán a cargo de COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



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

Ordinario Laboral 1100131050 21 2021 00324 01
Demandante: WILLIAM ALBERTO MANCERA GARZÓN
Demandado: SURTIMERCADOS QG S.A.S.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida el 25 de mayo de 2023 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor WILLIAM ALBERTO MANCERA GARZÓN promovió demanda ordinaria en contra de SURTIMERCADOS QG S.A.S., a fin de declararse que con la encartada existió un contrato de trabajo a término indefinido, por medio del cual desempeñó el cargo de Asesor y Vendedor Comercial, siendo su último salario la suma de \$828.611.

Asimismo, se declare que la demandada finalizó su contrato de trabajo sin justa causa, en la medida que lo indujo a renunciar presuntamente por no cumplir con las metas de ventas sin tener presente la reglamentación laboral para tal fin.



Por consiguiente, se condene a la demandada pagar la liquidación de sus acreencias laborales desde la fecha del retiro que lo fue el 5 de diciembre de 2019 y hasta la fecha en que se haga efectivo el pago de la misma.

Igualmente, se la condene al pago de la indemnización moratoria, cesantías, sanción por la no consignación de las cesantías, aportes al sistema de seguridad social en salud y pensión, indemnización por despido sin justa causa, riesgos profesionales, auxilio de transporte, salarios no reconocidos desde junio de 2019 hasta la fecha de su retiro, y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que el 19 de junio de 2019 inició labores con la demandada SURTIMERCADOS QG S.A.S., sin haber suscrito ningún documento o contrato con el visto bueno del representante legal; no obstante, desde dicha calenda la encartada le comunicó que el vínculo contractual se asemejaba a un contrato por prestación de servicios, por lo que él como demandante debía cubrir los pagos al sistema general de seguridad social en salud y pensión.

Que el 30 de septiembre de 2019 la empleadora informó y entregó un documento que debía firmar, el cual manifestaba sobre la existencia de un contrato *freelance*, donde se pactó un vínculo contractual de carácter independiente y una duración de 3 meses, siendo la fecha de inicio el 1º de octubre de 2019 con prórrogas de mutuo acuerdo entre las partes, en el que también se pactó que el salario se determinaría por el valor de venta que se realizara antes de IVA.

Adujo que pactó con la demandada que las obligaciones por parte del contratante era brindar una base de datos de clientes; sin embargo, refiere que cumplía un horario desde las 6:00 a.m. o 7:00 a.m. hasta las 5:00 p.m., o hasta que finalizara la labor de venta que abarcaba de lunes a sábado, así como que,



en caso de incumplir el horario, la pasiva le imponía una multa diaria de \$3.000.

Mencionó que de los pagos que le efectuaban la demandada descontaba lo atinente al pago de salud, pensión, riesgos laborales y caja de compensación familiar, pagos que en su mayoría eran cancelados en efectivo, siendo sometido a una constante subordinación como cualquier empleado.

En últimas, arguyó que la encartada exigía el cumplimiento de metas en ventas mensuales y, en caso de que las mismas no se cumplieran, llevaba a cabo llamados de atención, e inclusive advertían acerca de una cancelación del contrato de trabajo.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada SURTIMERCADOS QG S.A.S. contestó la demanda oposición a las pretensiones formuladas en su contra, argumentando para lo pertinente que lo que se pactó con el demandante fue un contrato de prestación de servicios *freelance*, en el que no se le realizaba ninguna retención en la fuente.

En lo que atañe al elemento subordinante, refirió lo que se llevaba a cabo eran puntos de encuentros en zonas para la retroalimentación de los datos de ventas y capacitación para el desarrollo de la labor.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia de la causa petendi, cobro de lo no debido, inexistencia de obligaciones y la temeridad y mala fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 25 de mayo de 2023, declaró que entre las partes existió un verdadero contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el



19 de junio y el 5 de diciembre de la anualidad 2019, declarando a su vez no probadas las excepciones propuestas por la demandada.

Por consiguiente, condenó a SURTIMERCADOS QG S.A.S. reconocer y pagar a favor del demandante los siguientes conceptos:

\$4.609.845 por concepto de salarios.

\$540.144 por concepto de auxilio de transporte.

\$429.165.88 por concepto de auxilio de cesantías.

\$23.890.23 por concepto de intereses a las cesantías.

\$429.165.88 por concepto de primas de servicios.

\$27.603.86 diarios desde el 6 de diciembre de 2019 y hasta que se verifique de las condenas que dan lugar a la indemnización moratoria.

Condenó a la demandada a cancelar los aportes en pensión que le corresponden al demandante por el periodo comprendido entre el 19 de junio y el 5 de diciembre de la anualidad 2019, teniendo en cuenta como salario la suma de \$828.116, incluyendo la sanción moratoria de que trata el artículo 23 de la Ley 100 de 1993, absolviendo a la persona jurídica de las demás pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, indicó la operadora de instancia que de conformidad con lo establecido en los artículos 22, 23 y 24 del C.S.T., así como lo adocinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, le atañe a la parte demandante demostrar la prestación personal del servicio, para que se traslade la obligación del llamado a juicio a probar los hechos contrarios a los presumidos, esto es, que la relación que lo unió con el actor no estuvo regida por un contrato de trabajo, desvirtuando así el elemento subordinante.

Por tal razón, coligió la *a-quo* que, de las probanzas acreditadas a juicio claramente quedó demostrado por el demandante la prestación personal del servicio, arguyendo que la demandada no logró desvirtuar el elemento subordinante, ya que todo apuntó a que el actor en ejercicio de sus funciones



debía cumplir las órdenes que le eran impartidas por su empleador en cuanto al modo, tiempo y lugar de trabajo, por lo que declaró la existencia de un verdadero contrato de trabajo.

En lo que respecta al salario, refirió que el demandante no logró probar suma adicional a un S.M.L.M.V., siendo este último el declarado para la anualidad 2019 en la suma de \$828.116.

Absolvió frente a la pretensión de la indemnización por despido sin justa causa, determinando que la renuncia presentada por el demandante fue voluntaria, sin que se probara aspecto contrario.

Seguidamente, fulminó condena por concepto de salarios, auxilio de transporte, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y aportes al sistema de seguridad social en pensión, aduciendo no encontrarse algún pago sobre estos rubros.

Negó lo concerniente a aportes a salud y riesgos laborales en la medida que aduce que es un aseguramiento el cual no se presentó en la realidad, existiendo otras vías para reclamar lo pertinente.

Absolvió a la sanción por la no consignación de las cesantías al correspondiente fondo, en tanto al haber finalizado el contrato de trabajo con anterioridad al 31 de diciembre de 2019, lo procedente era que las cesantías le fuesen canceladas al trabajador directamente.

Condenó a la indemnización moratoria, exponiendo que, como lo ha asentado el órgano de cierre, en tratándose de la buena fe del empleador, la misma no se demostró, por lo que consideró que en virtud de que el salario del actor ascendió en la suma de \$828.116 mensuales, impuso la condena de \$27.603.86 a razón de un día de salario por cada día de retardo a partir del 6 de diciembre de 2019, día siguiente a la terminación del contrato y hasta que se verifique el correspondiente pago de las obligaciones laborales.



III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandada la apeló. Argumentó en su alzada que no se confesó por el representante legal un contrato diferente al de prestación de servicios, así como que ningún testimonio recaudado habló a favor del demandante, sino que sus relatos gravitaron en torno a lo que consideraban, sin que tuviesen claro el tipo de contratación o las presuntas órdenes impartidas al señor WILLIAM ALBERTO MANCERA GARZÓN; tan es así, que el actor alegó unos descuentos y llamados de atención que jamás sucedieron, más aún que por el hecho de impartir ciertas indicaciones no se puede tildar como la configuración del elemento subordinante.

Que debe tenerse en cuenta que la finalización del contrato de prestación de servicios fue voluntaria por parte del demandante, por lo que las condenas impuestas resultan ser excesivas, más aún si el aporte pensional del actor ya fue cancelado.

Que en caso de prosperar la existencia del contrato de trabajo, en lo que respecta a la indemnización moratoria objeto de condena debe tenerse en cuenta que la misma abarca hasta los 24 meses y, transcurrido el mes 24, versa el monto sobre intereses; circunstancia por la cual, como lo dispone el artículo 65 del C.S.T., en el *sub examine* lo que procede es únicamente intereses moratorios, ya que al haber finalizado el contrato el 19 de junio de 2019 y haberse instaurado la demanda el 23 de junio de 2021, evidente resulta que la misma se impetró transcurridos 2 años, tópico que inclusive lo regula la Sala de Casación Laboral de 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 en la etapa de alegaciones.



b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, en atención del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y por metodología en la resolución del presente asunto, la Sala abordará como problema jurídico principal el determinar si entre las partes existió un verdadero contrato de trabajo a la luz de la primacía de la realidad sobre las formalidades.

En caso de resultar abante lo anterior, se auscultará la procedencia del pago ordenado por la operadora de instancia a razón de salarios, auxilio de transporte, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios e indemnización moratoria por el no pago oportuno de salarios y prestaciones sociales.

En últimas, de prosperar la condena por la indemnización moratoria, se analizará la forma de su imputación conforme al reproche elevado por la demandada SURTIMERCADOS QG S.A.S.

c. Del contrato realidad:

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

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



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

Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, según sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, SL2240-2022, Radicación No. 88672 del 28 de junio de 2022, SL2186-2022, Radicación No. 89890 del 29 de junio de 2022, SL045-2024, Radicación No. 96476 del 23 de enero de 2024, SL 050-2024, Radicación No. 98414 del 31 de enero de 2024, SL107-2024, Radicación 95095 del 7 de febrero de 2024, entre otras.

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

“1.1. La subordinación: clave de bóveda en la determinación de una relación de trabajo subordinada

“Bien tiene sentado la Corte que la subordinación es el elemento diferenciador entre una relación laboral y una civil o comercial (SL2885-2019). En efecto, tanto en contratos comerciales como en laborales, pueden estar presentes la prestación personal del servicio y la remuneración, por tanto, la dependencia es el factor que marca la diferencia entre uno y otro.

“La subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, en los términos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, «faculta a éste [sic] para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato».

“La doctrina ha subrayado que la subordinación es la causa del contrato de trabajo, pues el empleador busca a través de este reservarse la facultad de dirigir y controlar la fuerza laboral, conforme sea necesario para el logro de sus objetivos empresariales. La jurisprudencia de esta Sala ha resaltado también como causa del contrato de trabajo la facultad del



empleador de disponer de la capacidad de trabajo según sus necesidades organizativas. Por ejemplo, en la sentencia CSJ SL4479-2020 la Corte refirió:

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

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

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

Así las cosas, en lo que atañe al elemento que gravita en torno a la prestación personal del servicio, advierte la Sala que el mismo se encuentra plenamente acreditado dentro del plenario a través del medio documental, como es el hecho de la certificación laboral expedida el 10 de enero de 2020 por la propia demandada, la cual da cuenta que allí se consignó que con el actor señor WILLIAM ALBERTO MANCERA GARZÓN en su calidad de contratista, se suscribió contrato de prestación de servicios por el periodo comprendido entre el 19 de junio y el 5 de diciembre de la anualidad 2019, situación que se acompasa con copia del contrato de prestación de servicios (Fls. 38 y 35 a 44 – PDF 01 DEMANDA ANEXOS y fls. 11 a 13 – PDF 08 CONTESTACIÓN DEMANDA).



Bajo este entendido, corresponde a este cuerpo Colegiado el determinar si el extremo demandado SURTIMERCADOS QG S.A.S. logró demostrar el extremo subordinante.

Al respecto, en el transcurrir del trámite procesal se recaudó el interrogatorio de parte del representante legal de la demandada SURTIMERCADOS QG S.A.S., quien refirió que con el demandante existió un contrato de prestación de servicios, el cual consiste en que una persona natural presta un servicio a cierta empresa sin subordinación.

Que el contrato de prestación de servicios con el demandante era cancelado por intermedio de cuentas de cobro, vínculo contractual que se pactó de manera verbal, donde se le comunicó al actor las zonas a desarrollar en su ejecución, los productos a vender y la capacitación de los mismos, al igual que se hacían descuentos consistentes en adelantos para que el señor WILLIAM ALBERTO pudiera pagar su seguridad social, aclarando en este punto que la persona jurídica enviaba intermediarios para que se pagara dicha seguridad social, arguyendo tener constancia de las planillas respecto de este pago.

Adujo que al demandante todos los días se le realizaba un seguimiento a través de la facturación que llevaba a cabo, sin que hubiese otra manera de ejercer ese seguimiento, puntualizando también que el propio actor podía escoger si desarrollaba o no su actividad y que las facturas eran generadas en la calle por el propio señor WILLIAM ALBERTO a través de su teléfono móvil, internet y computador, pero sin tener conocimiento los horarios en que desarrollaba su actividad.

No recuerda si a parte del aporte a la seguridad social, al actor se le realizara otro descuento, así como que la compañía cuenta con un plan de organización de ventas estructurado, el cual se le entregó al actor con unas zonas o circuitos asignados que tenía que visitar, sin saber si esos espacios los visitara o no el señor WILLIAM, sino que únicamente presentaba un número de pedido de manera diaria.



Que conoce a la señora LUZ AÍDA por cuanto es su esposa, y no tiene conocimiento si ella realizaba algún tipo de descuento a los vendedores.

El demandante refirió en el interrogatorio de parte practicado que inició sus labores como vendedor al servicio de la demandada desde el 19 de junio de 2019, contrato que se hizo efectivo a partir del 30 de septiembre y pasó su carta de renuncia el 5 de diciembre de 2019.

Que cuando inició sus labores tenía un sueldo básico de \$400.000, un 3% de comisión sobre la venta, se le descontaban \$230.000 de seguridad social, adicional a que se le realizaba un descuento de un plan de internet por valor de \$62.000, esto último con la finalidad de poder subir los pedidos de las ventas a través de la plataforma.

Adujo que su horario de entrada lo era a las 6:00 a.m., teniendo que dirigirse al punto de encuentro que le indicara la demandada, además que le era aplicado un descuento en caso de que llegase tarde y que ascendía a la suma de \$3.000 por minuto, descuentos que se llevaban a cabo los días en que se cancelaba el sueldo. Que hasta el momento en que renunció, fue que la empresa le suministró la documentación acerca de las deducciones que se le practicaron.

La testigo KAREN LORENA BARBOSA (tachada de sospecha), indicó que se encuentra vinculada al servicio de la demandada desde que esta inició a la vida jurídica, desempeñándose como vendedora.

Que el demandante era vendedor en la empresa, pero no recuerda la fecha de ingreso, manifestando también que la actividad del demandante era a partir de las 7:00 a.m., la empresa le brindaba información sobre el desarrollo de la venta en la medida que debía asistir a todas las tiendas para así poder cumplir con las metas.

Mencionó que la actividad de ventas debía ser desarrollada por el actor en las localidades de Bosa, Kennedy y Usme, pues eran las zonas que el demandante



tenía asignadas. Que en algunas ocasiones se encontraba con el actor en la empresa cuando la misma les requería que fueran a verificar los cumplimientos de metas.

Cree que el contrato del demandante era a término indefinido, reiterando que la única labor que tenía el actor era vender, así como que su horario era de 8 horas las cuales iniciaban a partir de las 7:00 a.m., horario que era fijado por la empresa. Tiene entendido que el primer contrato que el actor suscribió con la empresa era de obra o labor contratada y no tiene conocimiento si al demandante le efectuaran descuentos.

La testigo EDITH KATHERINE RAMÍREZ CALDERÓN expuso que era compañera de trabajo del demandante cuando laboraban al servicio de la demandada, indicando que no labora actualmente con la pasiva.

Que tanto a ella como al demandante la encartada no les reconoció liquidación ni pagos laborales, y que ella cuando ingresó a laborar para la pasiva el actor ya se encontraba allí, puntualizando que su retiro sucedió en el mes de noviembre de 2019.

Adujo que las funciones del demandante consistían en la preventa, que la búsqueda de clientes y abrir rutas de venta para poder ofrecer el portafolio de la empresa. Que en algunas ocasiones la empresa les sugería un acompañamiento de un promotor adicional, pero en lo regular el actor desarrollaba en solitario su actividad de ventas.

Mencionó que las rutas del actor eran en la localidad de Kennedy y que todos los días debían ir a un punto de encuentro en las instalaciones de la empresa, y en caso de que no se cumplieran las metas, ese punto de encuentro se repetía en la empresa en horas de la tarde, de ahí que sostuviera que se encontraba casi todos los días con el actor o día de por medio.

Que el representante legal de la empresa y la cónyuge del mismo subordinaban al demandante, lo llamaban constantemente y en caso de que no cumpliera las



meta presentaba inconvenientes. Expuso que el salario del demandante era menos del básico y el pago de comisiones se cancelaba por mes vencido, aspecto último que alude tener conocimiento directo porque el actor lo manifestaba en reuniones grupales dentro de la empresa, cancelaciones que se le efectuaban en efectivo.

Tiene conocimiento que el demandante renunció por la falta de pagos en debido orden, aspecto que se lo indicó el propio actor tiempo después. Que el actor en su mayoría de veces cumplía la cuota de ventas ya que era uno de los más antiguos y buen vendedor.

Que al demandante en muchas oportunidades la empresa le practicó descuentos a la seguridad social que no se vieron reflejados y que era muy cumplido para llegar a los puntos de encuentro.

El testigo JULIÁN DAVID BERANO ALVARADO indicó que trabajó al servicio de la demandada en el año 2019 donde estuvo aproximadamente un año, siendo compañero del demandante. Que tiene entendido que tenía el mismo tipo de contrato que el demandante, así como que este último renunció al servicio de la demandada porque se cambió de empresa.

Que el actor se retiró antes que él se retirara. Que la actividad tanto de él como del actor era una actividad de vendedor tienda a tienda con la finalidad de hacer los pedidos y cumplir con los presupuestos de ventas. Refirió que con el demandante se veía aproximadamente cada 2 o 3 días cuando la empresa hacía los puntos de encuentro que eran programados por los jefes.

Expuso que no se manejaban horarios ya que cada quien manipulaba sus tiempos para la venta de acuerdo a la ruta, más aún si el sistema de facturación consistente en efectuar los pedidos a la tienda se encontraba abierto de 7:00 a.m. a 5:00 p.m.



Que en virtud a que el contrato era de prestación de servicios, el pago se hacía por escalas a Daviplata, es decir, en virtud del cumplimiento de metas sin saber cuánto devengaba el actor.

Así las cosas, la Sala puede colegir que, como lo determinó la operadora de instancia, entre las partes se configuró un verdadero contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 19 de junio y el 5 de diciembre de la anualidad 2019.

Nótese que las declaraciones rendidas por las señoras KAREN LORENA BARBOSA y KATHERINE RAMÍREZ CALDERÓN, la primera encontrándose vinculada actualmente al servicio de la demandada y la segunda ex compañera de trabajo del actor, fueron contestes en señalar que para el desarrollo de la actividad de ventas que llevaba a cabo el demandante señor WILLIAM ALBERTO MANCERA GARZÓN, la demandada se encontraba allí suministrando subordinación en lo que respecta al cumplimiento de horario y aspectos acerca del desarrollo propio de la actividad.

Ello en virtud de que fue enfática la señora KAREN LORENA BARBOSA, persona que actualmente se encuentra al servicio de la demandada y que por demás fue llamada por esta a declarar, cuando indicó que el actor para llevar a cabo y ejecutar las ventas debía ingresar a las 7:00 a.m. y desarrollar la actividad por 8 horas, lo que constituye evidentemente una subordinación en cuanto al cumplimiento de horario se trata.

También debe tenerse en cuenta que las señoras KAREN LORENA BARBOSA y KATHERINE RAMÍREZ CALDERÓN mencionaron que debía desarrollar puntos de encuentro, consistentes en que la demandada citaba a los vendedores a efectos de desarrollar estrategias o rutas para el cumplimiento de ventas, tópico que a juicio de la Sala también constituye una subordinación laboral, puesto que no puede estimar la demandada que por indicar que los vendedores lo único que desarrollaban era la comercialización de productos en distintas zonas, no dejara de ejercer instrucciones y líneas de rutas de cómo



debía desarrollarse la actividad de ventas, la cual como se adujo, iba envuelta con el cumplimiento de horarios en aras de satisfacer a venta de los productos.

Pertinente también resulta indicar que si bien el testimonio de JULIÁN DAVID BERNAL ALVARADO mencionó que no existía un horario en el que se debiera desarrollar las ventas, su declaración dista de lo expuesto por la señora KAREN LORENA BARBOSA, persona que adujo prestar sus servicios al servicio de la demandada; circunstancia por la cual, la declaratoria del contrato de trabajo decidida por la falladora de instancia habrá de confirmarse.

d. Del pago de salarios, auxilio de transporte, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y aportes al sistema de seguridad social en pensiones:

Debe destacarse que si bien la parte demandada mencionó en el recurso de alzada encontrar inconformidad frente al pago de salarios, auxilio de transporte, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y aportes al sistema de seguridad social en pensiones, lo cierto es que dentro del plenario no yace prueba alguna que advierta algún pago por parte de la parte demandada sobre estos rubros, carga demostrativa que era de su responsabilidad según los preceptos del artículo 167 del C.G.P., lo que imperantemente implica su condena.

De otro lado, no será objeto de análisis lo que atañe a los montos dinerarios impuestos en primer grado, toda vez que los mismos no fueron refutados frente a la cuantificación.

En este punto, importante resulta poner de presente que a pesar de que en primer grado no se fulminó condena respecto de las vacaciones, esta Sala no puede adentrarse a su estudio ya que tal aspecto no fue refutado por la parte demandante.

e. De la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T. y la forma de su aplicación dentro del asunto *sub examine*:



Tratándose de la indemnización moratoria, debe indicarse que con la finalidad de proteger los derechos de los trabajadores que se han visto afectados por el incumplimiento de las obligaciones legales a cargo de su empleador, la ley laboral ha previsto algunas consecuencias económicas tendientes a resarcir el menoscabo que esta conducta pudiese causar al trabajador, incluyendo dentro de ellas, la indemnización por el no pago oportuno de las prestaciones causadas a la finalización del contrato consagrada en el artículo 65 del C.S.T.

Al respecto, según lo ha adocinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, este tipo de indemnización no es de aplicación automática, sino que su imposición opera cuando el empleador no aporta razones satisfactorias y justificativas de su conducta, situación que implica a su vez que cada caso deba analizarse en forma particular, sentencias SL3356-2022, Radicación No. 91692 del 16 de agosto de 2022, SL107-2024, Radicación No. 95095 del 7 de febrero de 2024, SL027-2024, Radicación No. 97774 del 24 de enero de 2024, SL013-2024, Radicación No. 98317 del 24 de enero de 2024, entre otras.

Bajo este entendimiento, palmario resulta que no yace prueba alguna que evidencie una buena fe de la parte demandada para sea óbice de absolución de este concepto, pues de una parte es claro que lo pretendido fue ocultar un verdadero contrato de trabajo con el demandante a través de uno de prestación de servicios.

De otro lado, tampoco al plenario no se aportó prueba alguna que advirtiera pagos derivados de la relación laboral, presupuestos todos que conllevan a concluir la confirmación de condena frente a estos rubros, poniendo de presente que los intereses a las cesantías deben ser pagados en forma indexado al momento en que se efectúe el correspondiente pago.

Ahora, en lo que respecta a la inconformidad de la demandada frente a la imposición de la condena decidida por la *a-quo*, en tanto aduce que lo que debió proceder sobre la misma fue únicamente el pago de intereses, es



menester traer a colación lo establecido en el artículo 65 del C.S.T. que establece:

“ARTICULO 65. INDEMNIZACION POR FALTA DE PAGO.

“1. Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo.

“Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique.

“Dichos intereses los pagará el empleador sobre las sumas adeudadas al trabajador por concepto de salarios y prestaciones en dinero.

“2. Si no hay acuerdo respecto del monto de la deuda, o si el trabajador se niega a recibir, el empleador cumple con sus obligaciones consignando ante el juez de trabajo y, en su defecto, ante la primera autoridad política del lugar, la suma que confiese deber, mientras la justicia de trabajo decide la controversia.

“[...]

“PARÁGRAFO 2o. Lo dispuesto en el inciso 1o. de este artículo solo se aplicará a los trabajadores que devenguen más de un (1) salario mínimo mensual vigente. Para los demás seguirá en plena vigencia lo dispuesto en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo vigente.”

En igual sentido, ha sido clara la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en manifestar que en tratándose de esta indemnización, si la terminación del contrato de trabajo ocurre después de la entrada en vigencia de la Ley 789 de 2002 y transcurridos 24 meses, si el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria, el empleador deberá pagar intereses moratorios a partir de la misma terminación del vínculo hasta que el pago lo verifique, así lo sostuvo en sentencias SL3936-2018, Radicación No. 70860 del



5 de septiembre de 2018, SL 3112-2023, Radicación 91929 del 12 de diciembre de 2023, SL3068-2023, Radicación No. 91745 del 4 de diciembre de 2023.

El contrato de trabajo abarcó el periodo comprendido entre el 19 de junio y el 5 de diciembre de la anualidad 2019, por lo que los 24 meses con que contaba el actor para haber impetrado la demandada abarcaba desde el 6 de diciembre de 2019 hasta el 5 de diciembre de 2021, instaurándose la demanda el 23 de junio de 2021 como da cuenta el acta individual de reparto (PDF 02 ACTA DE REPARTO).

Por tal razón, contrario a lo argumentado por la parte demandada, la demanda no se presentó con posterioridad a los dos años, lo que da lugar a que la condena de primer grado se confirme en este aspecto ya que el actor devengó un salario mínimo para el año 2019, de allí que sea procedente reconocer el pago indemnizatorio a razón de un día de salario por cada día de retardo, hasta que se efectivice su cancelación.

COSTAS en esta instancia correrán a cargo de la parte demandada toda vez que su recurso de alzada no gozó con vocación de prosperidad.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

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



SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada y a favor del demandante. Fíjense como valor de agencias en derecho la suma de \$1.000.000, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



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

Ordinario Laboral 1100131050 22 2022 00193 01
Demandante: CLARA INES SARMIENTO GOMEZ
Demandados: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

AUTO:

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

Igualmente, se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada NATALY XIMENA URREA IBÁÑEZ, identificada con cédula de ciudadanía 1.030.666.405 y T.P. 391.259 del Consejo Superior de la Judicatura.

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 7 de diciembre de 2023 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:

La señora CLARA INES SARMIENTO GÓMEZ 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 que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de PORVENIR S.A. en agosto de 1995, por vicio en el consentimiento.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido en virtud de su vinculación a ese régimen, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y los rendimientos que se hubiesen causado. A su vez, se ordene a COLPENSIONES la reciba y afilie en el régimen que administra. Por último, solicita se condene a lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, refirió que estuvo afiliada y efectuó cotizaciones al INSTITUTO DEL SEGURO SOCIAL, conforme el certificado CETIL expedido por el Ministerio de Hacienda, desde 1º de diciembre al 24 de enero de 1998, y en agosto de 1995 estando al servicio de la EMPRESA DE ACUEDUCTO ALCANTARILLADO Y ASEO DE ZIPAQUIRA ESP, se trasladó de régimen pensional por conducto de HORIZONTE., hoy PORVENIR S.A., luego ser citada por la gerencia de la empresa, la cual le indicó que el fondo público al que venía cotizando ya no existía.

Destacó que el asesor del fondo privado le indicó que esa administradora era la mejor opción y que los fondos privados serían los únicos encargados de las pensiones, dado que Cajas Públicas y el ISS serían liquidados, por lo que sus aportes se podrían perder, además, le indicó que su mesada en esa administradora sería superior y que se podía pensionar de forma anticipada, sin efectuar una proyección pensional o mencionar los requisitos para acceder



a una pensión en ese fondo, las diferencias de ambos regímenes, las consecuencias del traslado o lo atinente al derecho de retracto, así como la posibilidad de trasladarse de régimen pensional previo a estar inmersa en la prohibición legal de traslado.

Destacó que cuenta con un total de 916 semanas cotizadas en pensiones al 2 de marzo de 2021, sin contar las que certifica en el CETIL. Igualmente, refirió que en febrero de 2021 solicitó a las convocadas a juicio la nulidad de su traslado al RAIS y su retorno al RPMPD, pedimento que fue denegado; adicionalmente, expuso que según simulación pensional su mesada en dicho régimen sería superior a la que percibiría en el RAIS. (f. 2 a 18 archivo 01)

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. al contestar se opuso a las pretensiones de la demanda. Al respecto, refirió que el traslado de régimen pensional de la demandante al RAIS fue completamente válido, ya que estuvo precedido de una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna con toda la información pertinente y necesaria, razón por la cual sería improcedente declarar un error de hecho, cuando en realidad lo que se alega es un error de derecho frente a condiciones que están determinadas en la normatividad que es de público conocimiento, además, no se aporta prueba al paginario alguna que permita indicar que el traslado de régimen pensional se dio bajo algún vicio del consentimiento que dé lugar a su nulidad, por lo que no es dable retrotraer la afiliación efectuada al RAIS.

En su defensa propuso como excepciones las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe. (f. 2 a 35 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 los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, para acceder al traslado de régimen conforme lo preceptuado en el artículo 2º 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. (f. 2 a 46 archivo 08)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

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

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por la señora CLARA INES SARMIENTO GOMEZ, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido en el mes de mayo del año 1995. En consecuencia, se 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: CONDENAR a PORVENIR S.A. fondo en el que se encuentran los aportes de la demandante, a trasladar a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora junto con sus correspondientes rendimientos y bonos pensionales, si los hay. También deberá devolver el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional con cargo a sus propias utilidades, debidamente indexados a la fecha de entrega a COLPENSIONES, en los términos señalados en la parte considerativa de la presente decisión.

TERCERO: 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.

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



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

SEXTO: CONDENAR en costas a cada una de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES en favor de la demandante. Fíjese como agencias en derecho la suma de un (1) SMMLV a cargo de cada una de ellas.

SEPTIMO: CONSÚLTESE, la presente decisión en favor de Colpensiones ante el H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, en los términos del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.”

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 en casos como el presente. Acotó que se encontraba acreditado que la actora se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida cuando se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través HORIZONTE el 12 de mayo de 1995, advirtiendo que si bien el reporte de semanas cotizadas en pensiones expedido por COLPENSIONES aparece en cero, lo cierto es que la certificación CETIL que obra en el expediente da cuenta que la actora laboró para la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE ZIPAQUIRÁ desde el 1º de diciembre de 1993 y por tal motivo se realizaron sus aportes al ISS, lo que se acompasa con el reporte SIAFP, luego, era el fondo PORVENIR S.A. antes HORIZONTE el que debía probar el cumplimiento del deber de información el cual no se acreditó en el plenario.



En consecuencia, ordenó a PORVENIR 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 previsionales y el porcentaje destinado al fondo de pensión mínima debidamente indexados. Declaró no probada las excepciones propuestas por las encartadas, entre ellas, la de prescripción y condenó en costas a las demandadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. la apeló. Al respecto, solicita se revoque la sentencia de instancia dado que en el presente caso no se configuró realmente un traslado de régimen pensional, sino una vinculación inicial, ya que COLPENSIONES no cuenta con ningún registro de afiliación de la demandante, sumado a que en la historia laboral consolidada de ésta no reporta ninguna semana cotizada en dicha administradora, por ende, no es posible declarar la ineficacia sobre un supuesto que nunca existió.

De otra parte, señala que la condena por gastos de administración y primas de seguros previsionales es improcedente toda vez que los primeros fueron invertidos debidamente y prueba de ello son los rendimientos que le fueron reconocidos a la gestora, los que deben ser retornados dando aplicación a las restituciones mutuas a que haya lugar, o la compensación, pues de otra forma se estaría dando cabida a un enriquecimiento sin justa causa a favor del régimen de prima media. Además, la condena por primas de seguros previsionales es improcedente, ya que la afiliada estuvo cubierta durante todo el tiempo que ha permanecido en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, añadiendo que no puede devolver tales rubros por cuanto no están en su poder, y el hecho de que la afiliada no haya afectado la póliza no significa que la obligación no se haya cumplido.

Finalmente, adujo que la condena por indexación no tiene lugar, ya que se compensa con los rendimientos, además la condena de trasladar los aportes al fondo de garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos desborda las consecuencias de la ineficacia, toda vez, que no existe ninguna



norma que disponga que tal condena deba imponerse con cargo a sus propios recursos.

COLPENSIONES en su alzada, refirió el traslado de régimen de la actora se llevó a cabo con el lleno de los requisitos legales y la AFP cumplió con la normativa vigente para la época en que se realizó la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, además, no se evidencia ningún vicio en el consentimiento, máxime cuando el traslado se efectuó con la voluntad de la actora y no se evidencia una lesión injustificada su derecho pensional, por lo que el traslado es eficaz.

En otro giro, solicita que, en caso de ratificarse la sentencia de primera instancia, no se le condene en costas, en tanto, no tuvo ninguna injerencia en el traslado de régimen de la gestora al RAIS, además su oposición en el presente trámite se efectuó a razón de la prohibición legal de traslado, aunado a que los dineros que maneja son única y exclusivamente para la seguridad social y el pago de mesadas pensionales según mandato 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 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.

Ahora bien, 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.

Al respecto, 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 de 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 obra formulario de afiliación por medio del cual la actora se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 12 de mayo de 1995 por medio de PORVENIR S.A., vinculación que según el certificado SIAFP se hizo efectiva el 1º de junio de 1995, lo que se acompaña con la Certificación Electrónica de Tiempos Laborados -CETIL, expedido por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Zipaquirá, en el que certifica que la actora laboró para esa entidad del 1º de diciembre de 1993 al 24 de enero de 1998 y que la responsable por los aportes a pensión es



COLPENSIONES, luego, contrario a lo aducido por el fondo privado en la alzada estamos frente a un traslado de régimen y no una afiliación inicial. (f. 64 a 69 archivo 01 y f. 60 y 74 archivo 05)

Ahora, cabe señalar que, si bien el formulario refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

De otro lado, la demandante CLARA INES SARMIENTO GÓMEZ en el interrogatorio de parte que depuso, adujo que en el año 1995 estando al servicio de la EMPRESA DE ACUEDUCTO ALCANTARILLADO Y ASEO DE ZIPAQUIRÁ, el gerente y los asesores de HORIZONTE le indicaron que CAPREZIPA y el ISS serían liquidados, por lo que tenían que cambiarse de fondo pensional. Agregó que antes de su afiliación a HORIZONTE se encontraba afiliada al ISS, a su vez, precisó que en algún momento con la liquidación de dicha Caja se quedaron sin servicio en salud y que estuvo en el ISS desde diciembre de 1993 hasta noviembre de 1998, que los compañeros del sindicato les dijeron que no se dejaran cambiar a ese fondo, pero de cierta forma fueron presionados por la parte administrativa del empleador, y que intentó cambiarse a COLPENSIONES pero le manifestaron que no era factible trasladarse.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. al momento del traslado de la demandante, según lo adocinado por 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 que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Justicia Laboral

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

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

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

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

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

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

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no



hubiera ocurrido, lo que 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, los cuales como viene de verse deben estar cubiertos con el propio patrimonio de los fondos privados.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado frente a COLPENSIONES, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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

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

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con



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

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

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

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

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

“[...] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido



se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

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

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

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

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas 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 consecucional de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

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

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

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



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

“Por ello se procederá a Condenar a Old Mutual SA hoy Skandia, a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Paralelamente, se ordenará a Porvenir SA devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Posición esta última que reitera lo indicado con antelación por esa Alta Corporación en sentencia SL5047-2021, Radicación No. 83777 del 25 de octubre del 2021 en la que se indicó lo siguiente:

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

De lo anterior, dimana con claridad que no erró la *a-quo* en la decisión. En consecuencia, habrá de confirmarse la sentencia de primer grado en su integridad.

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de lo Laboral

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 7 de diciembre de 2023 por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado
ACLARO VOTO

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

**PROCESO ORDINARIO LABORAL No 22 2022 00193 01 DE CLARA
INES SARMIENTO GOMEZ contra COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 29 de febrero de los corrientes.

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

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

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

Ordinario Laboral: 1100131050 25 2021 00391 01
Demandante: MARÍA JUDIT DUQUE FLOREZ
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 24 de mayo de 2023 por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MARÍA JUDIT DUQUE FLÓREZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, a fin que se condene a la entidad accionada a reconocer y pagar el retroactivo pensional generado por las mesadas pensionales por el periodo comprendido entre el 6 de marzo de 2005 y el 30 de septiembre de 2019, calenda última en que fue incluida en nómina de pensionados, junto con el pago de intereses moratorios contemplado en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, más la indexación y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:



Como fundamento de sus pretensiones, refirió que contrajo matrimonio el 24 de diciembre de 1979 con el señor JOSÉ GUILLERMO MORENO (q.e.p.d.), quien falleció el 6 de marzo de 2005, compartiendo techo, lecho y mesa., así como que se prestaron auxilio mutuo.

Que el 14 de mayo de 2007 radicó solicitud de pensión de sobrevivientes ante el ISS en calidad de cónyuge supérstite del causante, lo que conllevó a que COLPENSIONES mediante Resolución GNR 161078 del 1º de junio de 2016, reconociera a su favor el pago de una indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes en cuantía de \$3.370.184.

Seguidamente, expuso que instauró acción de tutela en contra de COLPENSIONES solicitando el pago de la pensión de sobrevivientes, por lo que mediante sentencia proferida el 22 de agosto de 2019 la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia reconoció que le asistía derecho al reconocimiento y pago de la prestación a razón del fallecimiento del causante.

Que, como consecuencia de lo anterior, mediante Resolución SUB 261178 del 23 de septiembre de 2019, COLPENSIONES dio cumplimiento a la decisión judicial, reconociendo a su favor pensión de sobrevivientes a partir del 1º de septiembre de 2019 en cuantía de \$828.116.

Por último, adujo que el 2 de marzo de 2020 solicitó ante la encartada el reconocimiento y pago del retroactivo pensional, el cual fue negado a través de la Resolución SUB 88321 del 6 de abril de 2020.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando para lo pertinente que, mediante Resolución SUB 261178 del 23 de septiembre de 2019, en cumplimiento de un fallo judicial proferido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia proferido el 22 de agosto de 2019, se dispuso a favor de la actora el



reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes a partir del 1º de octubre de 2019 en cuantía de \$828.116.

Arguyó no ser procedente el retroactivo pensional deprecado por la actora, como tampoco el importe de intereses moratorios, toda vez que la Sala de Casación Civil no señaló fecha a partir de la cual debía reconocerse la prestación, ni el valor de la mesada pensional, de allí que el pago de la prestación se efectuase a partir del 1º de octubre de 2019 en cuantía de \$828.116.

Formuló como medios exceptivos los denominados prescripción y caducidad, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, cobro de lo no debido, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 24 de mayo de 2023, absolvió a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, indicó el *a-quo* que, es cierto que la pensión de sobrevivientes reconocida lo fue mediante una decisión constitucional por parte de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, la cual dejó sin efecto alguno las decisiones judiciales del proceso ordinario laboral No. 2011-00035, revocando la sentencia del 18 de junio de 2019 proferida por la Sala de Casación Penal y, en su lugar, concedió la salva guardia impetrada por la accionante frente a la Sala de Casación Laboral, para en su lugar, ordenar inaplicar las sentencias del 29 de julio de 2011, 12 de septiembre de 2012 y 27 de febrero de 2019 proferidas por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito Adjunto de Bogotá, la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y la Sala de Casación Laboral respectivamente dentro del proceso de la accionante promovido contra el ISS.



No obstante, el consorte de la demandante no dejó causado el derecho pensional de sobrevivientes al momento de su muerte que lo fue el 6 de marzo de 2005 tal como quedó consignado dentro de la sentencia de tutela proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, y aunque el afiliado fallecido cotizó al ISS un total de 583 semanas, ninguna de ellas lo fue dentro de los 3 años inmediatamente anteriores al deceso, pues la última cotización se efectuó para el mes de diciembre de 1994, es decir, en vigencia del Acuerdo 049 de 1990, de tal suerte que la sentencia proferida por la honorable Corte Suprema de Justicia en sede de tutela, fue aplicar las exigencias del test de procedibilidad al encontrar cumplidas las mismas a favor de la demandante.

Por tal razón, coligió que COLPENSIONES no incurrió en los errores manifestados por la actora para argumentar sus pretensiones, pues la misma sentencia de tutela por la Sala Civil de la Corte facultó a la entidad pensional a determinar los aspectos técnicos que la accionante perseguía al derecho pensional como lo fue el ingreso base de liquidación sobre el 48%, de los aportes efectuados durante toda la vida del causante, lo que conllevó indiscutiblemente a que COLPENSIONES acatara plenamente la orden constitucional que se le impartió a corte de nómina, esto es, a partir del 1º de octubre de 2019 en la cuantía legal para dicho reconocimiento.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Argumentó en su alzada que, de las pruebas allegadas al proceso se logra demostrar que mediante sentencia de tutela STC11267-2019 proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, se decidió sobre una impugnación sobre un fallo de tutela proferido por la Sala de Casación Penal de la misma Corte, amparando así la salvaguarda de sus derechos fundamentales, consistentes en inaplicar las sentencias del 29 de julio de 2011, el 12 de diciembre de 2012 y el 17 de febrero de 2019 proferidas por el Juzgado Dieciocho Laboral del



Circuito Adjunto de Bogotá, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema respectivamente.

Por ello, la decisión constitucional ordenó a COLPENSIONES que dentro de los 10 días hábiles siguientes a la notificación del fallo de tutela, se emitiera nuevo acto administrativo donde se reconociera a su favor la pensión de sobrevivientes; sin embargo, dentro de los aspectos sustanciales del fallo de tutela, la misma Sala de Casación Civil indicaba que la demandada tendría que decidir sobre los aspectos técnicos de la prestación, siendo uno de ellos lo atinente a la tasa de reemplazo a tener en cuenta, de allí que esos aspectos también deban ser entendidos sobre el valor del retroactivo pensional que debió reconocérsele bajo el entendido que en forma oportuna se agotó a los medios tanto ordinarios como administrativos, incluso la entidad debió pronunciarse acerca de la prescripción.

Por tal razón, aduce que dentro del asunto de marras debe prosperar tanto el retroactivo pensional como el pago de los intereses moratorios regulados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

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 como problema jurídico principal, si es procedente a favor de la aquí demandante señora MARÍA JUDIT DUQUE FLOREZ, el reconocimiento y pago del retroactivo



pensional solicitado a razón de la pensión de sobrevivientes a ella otorgada con ocasión del fallecimiento de su cónyuge señor JOSÉ GUILLERMO MORENO (q.e.p.d.), por el periodo comprendido entre el 6 de marzo de 2005 y el 30 de septiembre de 2019.

De salir próspero lo anterior, deberá determinarse igualmente la procedencia o no de los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

c. Del análisis del caso en concreto:

Previo al análisis del asunto *sub examine*, es menester contextualizar los siguientes aspectos:

(i) El señor JOSÉ GUILLERMO MORENO (q.e.p.d.), falleció el 6 de marzo de 2005 como da cuenta copia del registro civil de defunción (Fl. 10 – PDF 01 DEMANDA).

(ii) Con ocasión del fallecimiento del señor JOSÉ GUILLERMO MORENO, la aquí demandante solicitó inicialmente el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes al extinto ISS, la cual fue negada.

(iii) Por ello, la actora instauró demanda ordinaria laboral solicitando el pago de la prestación por sobrevivencia, la cual le correspondió por reparto al Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá bajo la radicación No. 2011-00035-01.

De dicha demanda se profirió sentencia de primera instancia por el Juzgado Dieciocho Laboral Adjunto del Circuito de Bogotá el 29 de junio 2011, la cual fue confirmada por la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 12 de diciembre de 2012 y, luego de que fuese interpuesto recurso extraordinario de casación por la misma actora, la Sala de



Casación Laboral de Descongestión en decisión calendada el 27 de febrero de 2019 no casó la sentencia del tribunal (PDF 08 - EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO).

(iv) Fue por ello que, la demandante instauró acción constitucional de tutela en contra de las sentencias expuestas, de allí que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en decisión del 18 de junio de 2019 la negó, la cual, luego de ser impugnada, fue conocida por la Sala de Casación Civil, quien en sentencia STC11267-2019, Radicación No. 1001-02-04-000-2019-01073-01 del 20 de agosto de 2019, revocó la decisión de primer grado, ordenando inaplicar las sentencias del 29 de julio de 2011, 12 de diciembre de 2012 y 27 de febrero de 2019 que fuesen proferidas por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito Adjunto de Bogotá, la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y la Sala de Casación Laboral de Descongestión de la Corte Suprema de Justicia (PDF 08 - EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO).

(v) Con la finalidad de dar cumplimiento a la sentencia de tutela, COLPENSIONES mediante Resolución SUB 261178 del 23 de septiembre de 2019, dispuso el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de la señora MARÍA JUDIT DUQUE FLOREZ, en calidad de cónyuge del fallecido señor JOSÉ GUILLERMO MORENO, prestación que se reconoció a partir del 1º de octubre de 2019 en cuantía de \$828.116 (Fls. 34 a 43 - PDF 01 DEMANDA).

(vi) La demandante elevó reclamación administrativa ante COLPENSIONES el 20 de marzo de 2020, por medio de la cual solicitó que en atención de la sentencia de tutela proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia el 20 de agosto de 2019, se le efectuara el pago de retroactivo pensional por el periodo comprendido entre el 6 de marzo de 2005 y el 30 de octubre de 2019 (Fl. 33 - PDF 01 DEMANDA).



(vii) Fue por ello que COLPENSIONES expidió la Resolución SUB 88321 del 6 de abril de 2020, negando lo pretendido, bajo el entendido que, en virtud de la sentencia de tutela, no se determinó fecha a partir de la cual debía reconocerse la prestación, ni el valor de la mesada, razón por la cual fue efectiva a partir del 1º de octubre de 2019 en cuantía de \$828.116 (Fls. 54 a 62 – PDF 01 DEMANDA).

Puestas así las cosas, palmario resulta que la resolución, parte de la sentencia de tutela proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia el 20 de agosto de 2020, la cual ordenó el derecho pensional de sobrevivencia de la actora, al declarar inaplicables las sentencias proferidas por las distintas instancias dentro del proceso ordinario que inicialmente había instaurado la demandante; circunstancia por la cual, sobre dicha decisión de tutela debe realizarse el correspondiente análisis.

Al respecto, la sentencia de tutela STC11267-2019, Radicación No. 1001-02-04-000-2019-01073-01 del 20 de agosto de 2019 objeto de reproche, advierte de su contenido que, según postulados de la Corte Constitucional, en el asunto de la señora MARÍA JUDIT DUQUE FLÓREZ se hallaban cumplidas las exigencias cumplidas del *test de procedibilidad* (sentencia SU005-18), en los siguientes términos:

“i) Se halla en un grupo de especial protección por contar con 63 años de edad;

ii) De acuerdo con las declaraciones que realizó y que no fueron controvertidas por las instituciones accionadas, dependía económicamente de su esposo, a cuyo óbito quedó desamparada económicamente.

iii) La ausencia del “reconocimiento pensional” incide directamente en su mínimo vital, pues no cuenta con ingreso patrimonial del cual pueda derivar su sustento diario.

iv) El cotizante no cumplió los requerimientos de regímenes posteriores, según las resoluciones números 6753 de 2008, 48188 de 2009 y 1571 de 2010 del Instituto de Seguros Sociales, y,



v) *Está acreditado que el proceder de la querellante fue diligente, toda vez que desaparecido su cónyuge presentó oportunamente la reclamación, y ante la negativa agotó todos los medios de defensa que el ordenamiento jurídico le concedió para el efecto.”*

Además, allí se decidió que el derecho de la demandante procedía según doctrina emanada de la Corte Constitucional frente a la figura de la condición más beneficiosa, la cual había dejado causada el causante teniendo en cuenta los requisitos contemplados en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad.

Superados tales preceptos, en lo que atañe a la forma de establecer el derecho de sobreviviente de la demandante, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia expuso:

“5.- Así las cosas, esta Sala procederá a infirmar el veredicto impugnado, para conceder el resguardo y ordenar a Colpensiones reconocer y pagar a favor de la gestora la pensión de sobrevivientes que solicitó, quedando de cuenta de la institución determinar los aspectos técnicos a que esta alude al solicitar que se le tenga “...en cuenta una tasa de reemplazo equivalente al 48% del ingreso base de liquidación de los aportes efectuados durante toda la vida” por su difunto esposo.

DECISIÓN

*En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **REVOCA** la sentencia de 18 de junio de 2019 proferida por la Sala de Casación Penal de esta Corporación y, en su lugar, **CONCEDE** la salvaguarda impetrada por María Judith Duque Flórez frente a la Sala de Casación Laboral de esta Corporación.*

*En consecuencia **ORDENA INAPLICAR** las sentencias de 29 de julio de 2011, 12 de diciembre de 2012 y 27 de febrero de 2019, proferidas por el Juzgado Dieciocho Laboral Adjunto de Bogotá, la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del lugar y la Sala de Casación Laboral, respectivamente, dentro del proceso ordinario que la accionante promovió contra el Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones), y que Colpensiones, en el término de diez (10) días hábiles contados a partir de la notificación de este fallo, proceda a emitir un nuevo acto administrativo en el cual reconozca a favor de María Judith Duque Flórez la pensión de sobrevivientes.*



Comuníquese telegráficamente lo aquí resuelto a las partes y oportunamente remítanse las presentes diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Bajo tales entendimientos, si bien COLPENSIONES acató la orden judicial en los precisos términos dispuestos en la decisión de tutela, en el entendido que tuvo en cuenta para calcular la pensión de la actora la tasa porcentual determinada por la Corte y así determinar el valor de la mesada pensional, al igual que ante la falta de esclarecer la fecha exacta en que debía reconocer la prestación la entidad dispuso otorgarla a partir del 1º de octubre, contrario a lo decidido por el *a-quo*, este cuerpo colegiado puede colegir que lo determinado en la acción constitucional no impide llevar a cabo el estudio del retroactivo aquí deprecado.

En primer, nótese como la Corte Suprema de Justicia en la decisión constitucional nada advirtió la fecha en que debía otorgarse la prestación ni la forma en que debían analizarse los requisitos de su disfrute, derecho que quedó causado a partir del 6 de enero de 2005, calenda en que ocurrió el deceso del señor JOSÉ GUILLERMO MORENO (q.e.p.d.).

A juicio de la Sala, tal tópico implica entonces que la actora pudiese solicitar mesadas pensionales anteriores al 1º de octubre de 2019, máxime si la sentencia de tutela no se pronunció sobre dicho tópico, lo que conlleva a que la sentencia de primera instancia sea revocada, pues considera la Sala que el hecho de que la actora hubiese instaurado la presente demanda ordinaria, era la vía idónea para reclamar el retroactivo echado de menos, pues se itera, la Corte en la decisión constitucional no se pronunció sobre lo pertinente, lo que a su vez implica que no se configure una cosa juzgada.

Sin embargo, a pesar de que la demandante persigue el retroactivo pensional por el periodo comprendido entre el 6 de enero de 2005, fecha del deceso del causante, y el 30 de septiembre de 2019, calenda anterior a la que



COLPENSIONES reconoció en derecho pensional con ocasión de la sentencia de tutela, no puede dejarse de lado que la pensión de sobrevivientes otorgada por orden constitucional inaplicó las sentencias del proceso ordinario, es decir, que con la decisión del 20 de agosto de 2019 la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia adoptó nuevas directrices en cuanto al reconocimiento pensional, que conllevaron a que evidentemente se configuraran nuevas situaciones tanto fácticas como jurídicas y, a su vez, la extinción en el tiempo de pago de mesadas pensionales como consecuencia del término trienal de prescripción que formulase COLPENSIONES teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 488 y 489 del C.S.T., en concordancia con el artículo 151 del Estatuto Procesal del Trabajo.

Implica lo precedente que, en virtud de que la demandante elevó reclamación administrativa para el pago de retroactivo pensional el 20 de marzo de 2020, se suspendió el término prescriptivo hasta que COLPENSIONES emitió la Resolución SUB 88321 del 6 de abril de 2020, instaurándose la demanda el 8 de julio de 2021 como da cuenta el acta individual de reparto y admitida en proveído calendado el 17 de enero de 2022 publicado en estado del 19 del mismo día y mes, para luego notificarse a la entidad dentro del año siguiente, más exactamente el 31 de enero de 2022, es por lo que habrá prescripción trienal con anterioridad al 19 de marzo de 2017 y así se declarará.

Ahora, en virtud a que COLPENSIONES determinó para el 1º de octubre 2019 el monto de la mesada pensional de la demandante en la suma de un SLM.L.M.V. y que para la fecha ascendía a la suma de \$828.116, sin que fuese reprochado este valor, es por lo que COLPENSIONES deberá reconocer por concepto de retroactivo pensional a favor de la demandante señora MARÍA JUDIT DUQUE FLÓREZ con ocasión de la pensión de sobrevivientes por el periodo comprendido entre el 20 de marzo de 2017 y el 30 de septiembre de 2019 la suma de \$25.244.560.95, el cual deberá cancelarse de manera indexada al momento en que se efectúe el pago respectivo, teniendo en cuenta los siguientes conceptos:



DESDE	HASTA	VALOR MESADA AÑO	No. DE MESADAS	VALOR TOTAL DE MESADAS AÑO
20/03/2017	31/12/2017	\$ 737.717,00	10,35	\$ 7.635.370,95
1/01/2018	31/12/2018	\$ 781.242,00	13	\$ 10.156.146,00
1/01/2019	30/09/2019	\$ 828.116,00	9	\$ 7.453.044,00
TOTAL RETROACTIVO				\$ 25.244.560,95

Del valor del retroactivo se autorizará a COLPENSIONES descontar los aportes en salud.

d. Del pago de los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993:

Frente a los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sea lo primero indicar que, en tratándose de pago de intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la Corte en sentencia SL3405-2021, Radicación No. 79723 del 27 de julio de 2021, fue específica sobre las situaciones de su aplicabilidad, al respecto señaló:

“Ahora, aun cuando la Sala entendiera que al confirmar la decisión de primer grado avaló la imposición de los mencionados réditos, lo cierto es que resultarían procedentes conforme a lo que se explica a continuación:

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 dispuso que:

A partir del 1o. de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago.

Tales réditos tienen una naturaleza resarcitoria y no propiamente sancionatoria, dado que buscan subsanar económicamente al acreedor por la mora del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones. Dicho, en otros términos, corresponden a una compensación encaminada a aminorar los efectos adversos que produce la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones (CSJ SL13388-2014 y CSJ SL7893-2015).

En tal dirección, se ha precisado que se deben imponer al margen de la buena o mala fe en que haya incurrido la administradora, siempre que se demuestre el retardo injustificado por parte del obligado.



*Además, la jurisprudencia ha establecido una serie de eventos en los que se exceptúa su pago. En efecto, la Sala ha puntualizado algunas circunstancias en las que se releva el pago de los intereses moratorios, entre estas, **cuando se niega la pensión con apego minucioso a la ley vigente o cuando la prestación se otorga en virtud de un cambio jurisprudencial**, dado que la entidad obligada no podía prever el nuevo entendimiento o interpretación dada a la norma que regula el derecho pensional (CSJ SL5079-2018, reiterada en CSJ SL4103-2019 y CSJ SL1346 de 2020)."*

Al unísono, a criterio de la Sala no goza de prosperidad esta condena, como quiera que palmario resulta que el derecho de sobrevivencia a favor de la demandante surgió con ocasión de una sentencia de tutela en la que se argumentó la prosperidad de la prestación teniendo en cuenta un estudio pormenorizado de la figura de la condición de la condición más beneficiosa según doctrina de la Corte constitucional, constituyéndose así dentro del escenario jurisprudencial, aspecto por el que a juicio de la Sala deberá absolverse acerca de estos rubros.

SIN COSTAS en esta instancia por cuanto el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante gozó de prosperidad. La de primera instancia correrán a cargo de COLPENSIONES por resultar vencida en juicio.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR en su integridad sentencia proferida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **CONDENAR** a COLPENSIONES reconocer y pagar a favor de la aquí demandante señora **MARÍA JUDIT DUQUE FLÓREZ** por concepto de retroactivo pensional a razón de la pensión de sobrevivientes a ella reconocida en calidad de cónyuge del



señor JOSÉ GUILLERMO MORENO (q.e.p.d.), por el periodo comprendido entre el 20 de marzo de 2017 y el 30 de septiembre de 2019 la suma de \$25.244.560.95, valor que deberá ser indexado al momento en que se efectúe el correspondiente pago, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: AUTORIZAR a COLPENSIONES a descontar del pago de retroactivo pensional, los aportes en salud.

TERCERO: ABSOLVER a COLPENSIONES del pago de los intereses moratorios regulados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

CUARTO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primer grado correrán a cargo de COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



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

Ordinario Laboral: 1100131050 26 2018 00661 01
Demandante: LUIS EDUARDO CUBILLOS AYA
Demandado: COLPENSIONES, HOSPITAL SAN RAFAEL DE FUSAGASUGÁ, MUNICIPIO DE FUSAGASUGÁ y el DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada YENNY PAOLA MEJÍA RADA, identificada con cédula de ciudadanía 1.117.541.719 y T.P. 377.804 del Consejo Superior de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar la sentencia de primera instancia proferida el 9 de mayo de 2023 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá en el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., toda vez que la decisión fue adversa a las pretensiones del actor.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor LUIS FERNANDO CUBILLOS AYA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, el HOSPITAL SAN RAFAEL DE FUSAGASUGÁ, el MUNICIPIO DE FUSAGASUGÁ y el DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA.



Lo anterior, a fin de declararse que al momento de su retiro al servicio del HOSPITAL SAN RAFAEL DE FUSAGASUGÁ cumplió un tiempo ininterrumpido superior a 20 años, así como que es beneficiario del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Asimismo, se declare que cumple a cabalidad con todos y cada uno de los requisitos de tiempo y edad para acceder a la pensión plena de jubilación por haber servido por más de 20 años continuos o discontinuos al servicio del Estado y haber cumplido 55 años de edad, siendo así beneficiario de la prestación en los términos de que trata la Ley 33 de 1985, al igual que se declare que adicionalmente al salario básico causado, también constituía factor salarial lo atinente a horas extras, viáticos, tiempo adicional, dominicales, festivos, prima de olor, prima de vacaciones, prima de antigüedad, acreencias, subsidio de alimentación, vacaciones, bonificación de vacaciones, bonificación por servicios prestados, quinquenios, cesantías, intereses a las cesantías y demás rubros pertinentes, y se le ordene a COLPENSIONES efectuar el correspondiente recobro de aportes al empleador HOSPITAL SAN RAFAEL DE FUSAGASUGÁ.

Que se condene solidaria y/o individualmente a las demandadas al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, teniendo en cuenta todos los pagos realmente devengados, junto con la cancelación de las mesadas adicionales de junio y diciembre, retroactivo, indexación, pago de intereses moratorios, reconocimiento y pago del porcentaje por personas a cargo, indemnización integral de perjuicios, costas procesales y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

Subsidiariamente, persigue el pago de la pensión según la prestación más favorable, al igual que la cancelación de intereses moratorios y corrientes.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que prestó sus servicios al HOSPITAL SAN RAFAEL DE FUSAGASUGÁ durante un interregno ininterrumpido superior a 20 años como trabajador oficial, así como que desde



el inicio de la relación laboral se afilió a la organización sindical del hospital demandado donde efectuó los correspondientes aportes.

Que las relaciones laborales entre el HOSPITAL SAN RAFAEL DE FUSAGASUGÁ y sus trabajadores en todo momento se han regulado por medio de convención colectiva de trabajo, de allí que él sea beneficiario del texto convencional.

Expuso que al ser beneficiario del régimen de transición le asiste derecho pensión de jubilación en las condiciones del régimen al cual se encontraba sometido con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, prestación que inclusive debe calcularse con todos los factores salariales realmente devengados.

En últimas, arguyó que el no poder contar oportunamente con su mesada íntegra y periódica, ha conllevado a la configuración de un perjuicio moral, material y de relación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda manifestando que el demandante no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como quiera que, para el 30 de junio de 1995, fecha de entrada en vigencia de la mentada ley para los servidores públicos del orden territorial, el señor LUIS EDUARDO CUBILLOS AYA contaba con 518 semanas de cotización correspondientes a 10 años y 26 días.

Propuso las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

El DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA por su parte indicó que según los supuestos fácticos de la presente acción, el demandante laboró para la ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE FUSAGASUGÁ, entidad que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 194 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto Ordenanza 026 del 22 de marzo de 1996, es una Empresa Social del Estado, prestadora de servicios de salud con categoría especial de entidad pública descentralizada del



orden departamental, dotada de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, de allí que el actor en ningún momento ha sido funcionario de sus dependencias, adicional al hecho que la entidad que funcionalmente tiene a su cargo el tema relacionado con pensiones es la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES CUNDINAMARCA.

Interpeló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de integración de litis consorcio necesario y la innominada o genérica.

Mediante auto adiado el 6 de octubre de 2020 el Juzgado *a-quo* dispuso la vinculación al trámite de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES DEL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA (Fls. 135 a 136 – PDF 01 EXPEDIENTE DIGITALIZADO).

Por ello, la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES DEL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA mencionó que como entidad pensional no es la encargada de reconocer pensiones por ministerio de la ley, por lo que esta acción no se encuentra dentro de sus facultades, además que el demandante no ostenta pensión alguna, por lo que no existen montos adeudados.

Impetró las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación y la genérica.

El HOSPITAL SAN RAFAEL DE FUSAGASUGÁ adujo que el demandante ingresó a sus dependencias desde el 1º de septiembre de 1985 mediante Acta de posesión No. 669 y Resolución No. 497 A del 5 de junio de 1985 al cargo de Conductor Nivel Técnico, Grupo 3, siendo desvinculado el 25 de abril de 2011 de conformidad con el Acuerdo 003 de abril de 2011.

Indicó que el pago del demandante en lo referente al sistema general de seguridad social en pensiones, desde el 1º de septiembre de 1985 hasta el 31 de diciembre de 1993, sobre tal periodo le corresponde su cancelación al convenio suscrito entre el DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA y LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.



Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, existencia del contrato de concurrencia entre LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y el DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA y la de pago de los aportes a pensión del trabajador LUIS EDUARDO CUBILLOS AYA por parte de la ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE FUSAGASUGÁ.

En auto calendado el 2 de agosto de 2021 el Juzgado dispuso la vinculación de LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y tuvo por no contestada la demanda por parte del MUNICIPIO DE FUSAGASUGÁ (PDF 10 – AUTO TIENE POR CONTESTADA DEMANDA).

Tal ente ministerial contestó a demanda indicando una falta de legitimación en la causa, bajo el entendido que como cartera de hacienda no es ni ha sido una caja de previsión social, o una administradora de fondos de pensiones que realice afiliaciones a los regímenes pensionales del sistema general de seguridad social, o que reconozca dichas prestaciones del sistema, sumado a que no le corresponde el reconocimiento de pensiones, ni la emisión y pago del bono pensional del demandante por los tiempos laborados entre el 6 de junio de 1985 y el 31 de diciembre de 1993 en la ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE FUSAGASUG, ya que los recursos fueron girados por la Nación al patrimonio constituido por la entidad territorial.

Expuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de relación laboral, inexistencia de obligación alguna de parte del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO frente a los derechos pensionales pretendidos, prescripción y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 9 de mayo de 2023 absolvió a las demandadas de las pretensiones invocadas por el demandante.

Para arribar a dicha conclusión, indicó la operadora de instancia que el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 entró en vigencia para los trabajadores del sector público y territorial a partir del 30 de



junio de 1995, siendo los requisitos para su obtención tener 40 años de edad o más en el caso de los hombres y 35 años o más en tratándose de mujeres y/o 15 años de servicios cotizados o prestados.

Que según da cuenta la cédula de ciudadanía del demandante, el mismo nació el 9 de junio de 1959, por lo que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 tan solo contaba con 36 años de edad, así como que en relación con el tiempo de servicios, el actor a dicha data acreditó un total de 518.59 semanas comprendidas entre el 6 de junio de 1985 y el 31 de diciembre de 1994 y entre el 1º de enero y el 30 de junio de 1995, de allí que tampoco acredite el tiempo de servicios exigido en la norma para ser beneficiario del régimen transicional, adicional al hecho de que no le puede ser aplicada la condición más beneficiosa como lo estima el demandante bajo el entendido que esta figura no es aplicable cuando se solicita pensión de vejez bajo la égida del régimen de transición, ya que la norma es clara en precisar los requisitos para este beneficio, situaciones todas por las que absolvió sobre esta súplica.

Al unísono, sostuvo que no puede pasarse por alto que COLPENSIONES le reconoció al actor a través de la Resolución SUB 247220 del 28 de septiembre de 2021, prestación que fue otorgada en los términos de que trata la Ley 797 de 2003 a partir del 9 de junio de 2021, calenda para la cual ostentó los requisitos mínimos de su causación, máxime si como dijo no era beneficiario del régimen de transición.

En lo que respecta al incremento pensional por personas a cargo, adujo que teniendo en cuenta la sentencia de unificación SU 140 de 2019 emanada por la Corte Constitucional, debido a que al actor le fue reconocida pensión de vejez de conformidad con lo estatuido en la Ley 797 de 2003, no hay lugar a imponer condena sobre este concepto por cuanto la norma que regula lo pertinente fue derogada, además que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, sin que haya lugar a la aplicabilidad del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad.

De otro lado, adujo que en lo que respecta a las acreencias laborales alegadas por el actor al servicio del HOSPITAL SAN RAFAEL DE FUSAGASUGÁ, del caudal probatorio se aprecia que el demandante percibió en virtud de



contraprestación de su servicio el reconocimiento y pago de los factores salariales echados de menos como da cuenta la Resolución No. 518 de 2011, en la que se resolvió el pago de lo pertinente, pagos que fueron reliquidados con posterioridad, absolviendo así sobre esta súplica.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

El presente proceso se estudia en el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, ello en virtud a que de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., la decisión de primera instancia resultó adversa a sus pretensiones.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar como problema jurídico principal si el aquí demandante es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ello con la finalidad de auscultar si resulta procedente a su favor el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación contemplada en la Ley 33 de 1985.

De resultar abante lo anterior, se analizará lo atinente a la indexación de la mesada pensional, factores salariales a tener en cuenta para su IBC en atención de lo que pretende el actor sea constitutivo de factor salarial, pago de intereses moratorios, incrementos por personas a cargo, intereses moratorios y demás pretensiones de índole condenatorio derivados del reconocimiento pensional.

Asimismo, se analizará si resulta procedente el pago de perjuicios también invocado por el actor.



c. Del análisis del caso en concreto:

Previo a la resolución del asunto *sub examine*, sea lo primero indicar que no fue objeto de reproche que durante el transcurrir del presente trámite procesal, COLPENSIONES acreditó la Resolución SUB 247220 del 28 de septiembre de 2021, por medio de la cual le fue reconocida al aquí demandante señor LUIS EDUARDO CUBILLOS AYA pensión de vejez de conformidad con lo establecido en la Ley 797 de 2003, prestación que le fue otorgada a partir del 9 de junio de 2021 en cuantía inicial de \$2.293.573 (PDF 31 RESOLUCIÓN COLPENSIONES).

Así las cosas, como ya se advirtió, pretende el demandante principalmente el reconocimiento y pago de la pensión de vejez según los lineamientos de la Ley 33 de 1985, ello por cuanto arguye ser beneficiario del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 1993.

Para lo pertinente, menester resulta poner de presente el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establece que, para acceder a regímenes anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, debía acreditarse alguno de los dos requisitos a saber:

- (i) mujeres treinta y cinco (35) años y los hombres cuarenta (40) años,
o
- (ii) quince (15) años de servicios.

Estos requisitos fueron controlados por el Acto Legislativo 01 de 2005, el cual en su Parágrafo Transitorio 4º, consagró que el régimen de transición no podía extenderse más allá del 31 de julio de 2010, excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen tuviesen cotizadas 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo; es decir, para el 29 de julio de 2005, a los cuales se les mantendría la transitoriedad hasta el 31 de diciembre de 2014.

Por otra parte, si bien la Ley 100 de 1993 entró a regir a partir 1º de abril de 1994, al tenor de lo regulado en la misma disposición normativa, no ocurrió lo mismo frente a los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital como el caso del aquí demandante, como quiera que para esta

catalogación de empleados su vigencia lo sería a más tardar al 30 de junio de 1995. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1472-2023, Radicación No. 92317 del 28 de junio de 2023, trajo a colación la postura doctrinaria que se ha mantenido en el tiempo acerca de este precepto, en la que sostuvo:

“Para resolver sobre la condición de beneficiario del régimen de transición que alega el recurrente, es oportuno recordar que la Corte, desde la sentencia CSJ SL6708-2016, ha considerado que conforme el artículo 289 de la Ley 100 de 1993, el Sistema General de Seguridad Social Integral desarrollado en ese elenco normativo entraría a regir desde su publicación.

No obstante, ha definido igualmente que de manera paralela, el legislador en la primera parte del artículo 151 de la mencionada Ley, estipuló puntualmente, que la entrada en vigencia del sistema general de pensiones ocurriría por regla general a partir del 1 de abril de 1994 y, en el párrafo de esta preceptiva, consagró que para los servidores públicos de nivel territorial, comenzara a regir «a más tardar» el 30 de junio de 1995, o en su defecto, en la fecha anterior cuando así lo determinara la autoridad gubernamental correspondiente.

Al respecto la Corte ha adoctrinado que lo consignado en el párrafo en cita, pone en evidencia la voluntad explícita del legislador, orientada a que el Sistema General de Pensiones no se aplicara a todos los sectores en la misma fecha, por el contrario, que tuviera una implementación de manera progresiva, gradual y escalonada, de manera que se permitiera a las autoridades gubernamentales, territoriales, poder fijar su vigencia, atendiendo diferentes factores, entre otros los fiscales, presupuestales, administrativos o de cobertura de prestaciones, sin que pudiera iniciar más allá del 30 de junio de 1995.

Así se ha expuesto desde la decisión CSJ SL, 19 dic. 2007, rad. 31203, reiterada en la sentencia CSJ SL6708-2016. En el primer pronunciamiento la Corte expresó:

Es así como el párrafo del artículo 151 de la Ley 100 de 1993 señaló con total claridad que el sistema general de pensiones para los servidores públicos de los niveles departamental, municipal y distrital entraría a regir a más tardar el 30 de junio de 1995, en la fecha en que así lo determinara la respectiva autoridad gubernamental, lo que quiere decir que para este específico sector de servidores oficiales la ley facultó a las autoridades locales para que fijaran el momento a partir del cual empezaría a regir para sus trabajadores esta parte del régimen de seguridad social, con la salvedad que si no hacían tal señalamiento se entendería que su vigencia sería en la fecha atrás reseñada, sin que este segmento de la norma pueda entenderse, conforme lo insinúa la censura, como si la fijación de una fecha para la vigencia del sistema en general dejase sin ningún efecto el señalamiento que hace el párrafo, pues la literalidad del texto en mención es de tal nitidez que permite deducir sin dificultad que se trata de situaciones que son reguladas de manera diferente y que una es la entrada en vigencia del sistema de pensiones para la generalidad de los

trabajadores y otra, bien distinta, para los servidores de las entidades territoriales ya referidas.

Lo anterior, fue ratificado en la sentencia CSJ SL2224-2019, así:

Bajo el contexto que antecede, resulta procedente memorar que acorde a los lineamientos del Estatuto de Seguridad Social, expedido el 23 de diciembre de 1993, y tal como consta en el Diario Oficial 48148, publicado en esa misma fecha, en su artículo 289, de manera general, se previó que dicha ley regía a partir de su publicación, salvaguardaba los derechos adquiridos y derogaba todas las disposiciones que le fueran contrarias, en especial el artículo 2º de la Ley 4ª de 1966, el artículo 5º de la ley 33 de 1985, el parágrafo del artículo 7º de la Ley 71 de 1988, los artículos 260, 268, 269, 270, 271 y 272 del Código Sustantivo del Trabajo, y demás normas que los modifiquen o adicionen, apartado último que fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia CC C-529/1994.

No obstante tal preceptiva, el artículo 151 del mismo compendio, definió que en lo relacionado con el sistema general de pensiones, este entraría a regir a partir del 1 de abril de 1994; sin embargo, en su parágrafo señaló la posibilidad de que para los servidores públicos de los distintos niveles territoriales, esto es departamental, municipal y distrital, esto aconteciera «a más tardar» el 30 de junio de 1995, o en la fecha en que lo determinara la autoridad gubernamental.

Es decir, se avaló normativamente un traslado progresivo, cuya decisión recaía en las distintas autoridades, de los órdenes territoriales, pues como lo previó en su momento el artículo 2 del Decreto 691 de 1994, esto se realizaba «teniendo en cuenta, entre otros factores, la capacidad económica del organismo o entidad territorial y las proyecciones actuariales», pero sin desconocer que bien podía entrar a operar antes del 30 de junio, para lo cual era determinante la decisión gubernamental y de que en estos eventos la Ley 100 de 1993, regularía las prestaciones de vejez, invalidez y sobrevivientes, según se desprende además de su artículo 3.

En el mismo orden, el Decreto 1068 de 1995, recabó sobre tal situación «siempre que la entrada en vigencia del sistema no haya sido decretada con anterioridad por el gobernador o alcalde», de manera que, contrario a lo que entendió el Tribunal, sobre el vigor de la ley, esta extendió su límite temporal hasta del 30 de junio de 1995. (Subrayado por la Sala).

En este orden, la entrada en vigor del sistema general de pensiones para los servidores públicos del orden departamental, municipal y distrital fue reglamentada con el Decreto 691 de 1994 y se reiteró en el artículo 6 del Decreto 1068 de 1995, el cual consagra lo siguiente:

Artículo 6º.- Régimen de transición. Los servidores públicos del orden departamental, municipal y distrital, que seleccionen el régimen de prima media con prestación definida, estarán sujetos al régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y sus reglamentos.

Para efectos del cumplimiento de los requisitos de que trata el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el momento de entrada en vigencia del sistema general de pensiones, será:



1. *La fecha en que entró a regir el sistema, determinada en el acto administrativo emitido por el respectivo gobernador o alcalde, o*
2. *El 30 de junio de 1995.”*

En tal sentido, palmario resulta que, en el caso del actor, al haber sido un trabajador del HOSPITAL SAN RAFAEL DE FUSAGASUGÁ desde el inicio de sus cotizaciones, es por lo que la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 sucedió a partir del 30 de junio de 1995.

Al unísono, se aprecia que según da cuenta la copia de su cédula de ciudadanía del demandante (Fl. 17 – PDF 01 EXPEDIENTE DIGITALIZADO), nació el 9 de junio de 1959, por lo que, al 30 de junio de 1995, fecha de entrada de la Ley 100 de 1993, no contara con la edad de 40 años, sin que cumpliera así con el primer requisito para ser beneficiario del régimen transicional.

Ahora bien, en lo que concierne al segundo requisito para ser beneficiario del régimen de transición, esto es, tener 15 años de servicios o más a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, confrontado el certificado de tiempos laborados – CETIL expedido por la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, tiempos que por demás son los únicos demostrados con anterioridad a la mentada Ley 100, se aprecia que el actor prestó sus servicios al HOSPITAL SAN RAFAEL DE FUSAGASUGÁ como trabajador oficial en el cargo de Conductor por el periodo comprendido entre el 6 de junio de 1985 y el 30 de junio de 1995, interregno que arroja un total de 517.74 semanas, tiempo inferior a 15 años.

Por tal razón, evidente resulta que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, lo que a su vez implica a que no sea posible efectuar un análisis de disposiciones pensionales establecidas con anterioridad a la Ley 100 de 1993, ni mucho menos aplicar favorabilidad a lo perseguido.

Lo anterior, también implica que en lo que atañe a pretender el porcentaje adicional por personas a cargo, tampoco haya lugar a su reconocimiento, en la medida que el derecho decretado deriva con ocasión de lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, lo que implicaría dar aplicación a preceptos normativos anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, que se itera no hay lugar al no ser el actor

beneficiario del régimen transicional, adicional al hecho que, al no gozar de prosperidad el derecho pensional deprecado, tampoco hay lugar al estudio exhaustivo acerca de la prosperidad de indexación de la mesada pensional, factores salariales a tener en cuenta para su IBC en atención de lo que pretende el actor sea constitutivo de factor salarial, pago de intereses moratorios, incrementos por personas a cargo, intereses moratorios y demás pretensiones de índole condenatorio derivados del reconocimiento pensional.

Por último, frente a la pretensión de perjuicios, como lo determinó la operadora de instancia, no yace dentro del plenario prueba que advierta la configuración de alguna situación que conlleve a su aplicabilidad, carga demostrativa que se encontraba en cabeza del propio actor al tenor de lo regulado en el artículo 167 del C.G.P.; circunstancia por la cual, la sentencia de primera instancia habrá de confirmarse. **SIN COSTAS** en esta instancia por cuanto el presente asunto se estudia en el grado jurisdiccional de consulta.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

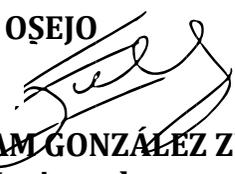
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS PAREDES GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



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

Ordinario Laboral 1100131050 26 2023 00193 01
Demandante: RÓMULO VARGAS AGUILAR
Demandados: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de la parte demandante a la abogada SOFÍA RINCÓN TORRES, identificada con cédula de ciudadanía 1.049.646.953 y T.P. 375.278 del C. S. de la Judicatura, en los términos del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, en contra de la sentencia proferida el 31 de enero de 2024 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:

El señor ROMULO VARGAS AGUILAR promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin de declararse la ineficacia y/o



afiliación del traslado efectuado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PORVENIR S.A. en el mes de enero de 1995, al existir engaño y asalto en su buena fe, lo que conllevó a que incurra en error, estando viciado su consentimiento.

Por consiguiente, se le ordene a PORVENIR S.A. retornarlo al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, junto con todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos que se hubieren causado, así como que se le ordene a COLPENSIONES mantenerlo afiliado sin solución de continuidad.

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

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, mencionó que desde 1967 estuvo afiliado al extinto ISS, con la convicción de ser la entidad más estable para manejar su pensión, así como que el 1º de enero de 2005 los asesores de la AFP PORVENIR S.A. le presentaron el nuevo régimen pensional, afiliándose al mismo el 1º de enero de 2005.

Que para tal efecto se le indicó que el ISS se acabaría, perdiendo lo cotizado hasta el momento, de allí que en el régimen privado tuviese mayores rendimientos.

Igualmente, aduce que los asesores de PORVENIR S.A. le manifestaron que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tendría mayores rendimientos, que se podría pensionar en el momento que deseara, no se le indicó acerca del derecho de retracto, no se le suministró un plan de pensiones, las diferencias entre ambos regímenes pensionales, entre otros aspectos de desinformación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



PORVENIR S.A. contestó la demanda arguyendo que el traslado de la demandante con destino del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ante sus dependencias fue objeto de una asesoría clara, oportuna, suficiente y cierta, quien en cumplimiento de sus deber de información y actuando dentro de la buena fe objetiva, presentó a cabalidad el funcionamiento, condiciones y características del Régimen de Ahorro Individual, el cual existe paralelamente con el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, ambos ampliamente difundidos desde su entrada en vigencia.

Formuló como medios exceptivos los denominados buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aceptación tácita de las condiciones del RAIS, prescripción y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación.

COLPENSIONES por su parte arguyó en su contestación de demanda oponerse a las pretensiones formuladas en su contra, indicando para lo pertinente que del traslado del demandante con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no obra prueba alguno donde se advierta que al demandante se le hubiese hecho incurrir en error ante la falta del deber de información por parte de la AFP, o que nos encontremos en presencia de algún vicio del consentimiento como el error, la fuerza o el dolo, al igual que dentro de las solicitudes no se evidencia nota de protesta o anotación que permita inferir con probabilidad de certeza que existió una inconformidad por parte del demandante.

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

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 31 de enero de 2024, resolvió:

“PRIMERO. DECLARAR ineficaz la afiliación efectuada por la demandante **ROMULO VARGAS AGUILAR** de **C.C # 19.450.694**, al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. CONDENAR al fondo de pensiones **PORVENIR S.A** a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** la totalidad de los ahorros realizados por el demandante junto con sus rendimientos financieros causados, así como o destinado a gastos de administración, primas de seguros provisionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, lo anterior debidamente indexado con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. CONDENAR al fondo de pensiones **COLPENSIONES** para que acepte dicha transferencia y que contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante.

CUARTO. DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

QUINTO. CONDENAR en costas de esta instancia a los fondos de pensiones **PORVENIR S.A**, fijándose como agencias en Derecho la suma de **UN MILLÓN DE PESOS (\$1'000.000).**”

Para arribar a dicha conclusión, la juzgadora de instancia refirió 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, el que debe ser analizado dependiendo del momento histórico en el que se realizó la vinculación, añadiendo 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, expuso que el traslado de régimen se colige con las documentales que obran en el plenario y el interrogatorio de parte; sin



embargo, de la declaración de la actora no se desprende confesión alguna sobre una debida información del parte del fondo privado, más exactamente PORVENIR S.A., pues no fue enterada de las características y condiciones de ambos regímenes pensionales.

Así las cosas, al no encontrar acreditado el cumplimiento del deber de información al momento del traslado, declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante, con todos sus efectos consecuenciales, ordenando a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES los aportes de la actora, junto con sus rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados con cargo a sus propios recursos. Declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas y agencias en derecho al fondo privado.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. la apeló. Adujo que, si bien existe un precedente jurisprudencial emanada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dicha Corporación ha indicado que no se puede aplicar en forma homogénea respecto de cada caso.

Que el aquí demandante realizó su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en forma voluntaria, sin presiones y debidamente informado, todo de conformidad con la normativa vigente para la fecha en que se produjo la afiliación, de allí que con independencia de la asesoría suministrada por el asesor del entonces, las condiciones, características, ventajas y desventajas se encontraban dispuestas en la Ley 100 de 1993, por lo que el actor podía validar en cualquier momento el contenido de la información.

Adujo que en tratándose a la condena por los rendimientos financieros, la declaratoria de ineficacia tiene como efecto natural que dichos recursos se trasladen, pero únicamente sobre los generados en el ISS, no los que se generaron en el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, rubros que incluyen los gastos de administración y las primas de seguros previsionales, máxime si no existe un precepto legal que disponga tal devolución.



Que también debe absolverse en lo concerniente a la indexación ordenada, en la medida que se dispuso la devolución de los rendimientos del capital que se encontraba en la cuenta de ahorro individual del demandante, más aún si los rendimientos de la actora fueron superiores a la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

COLPENSIONES por su parte adujo que de conformidad con la carga de la prueba estatuida en el artículo 167 del C.G.P., le corresponde a la parte demandante demostrar la presunta falta de información que se produjo al momento del traslado al régimen privado, aspecto que no se probó.

Finalmente, que debe absolvérsele por concepto de costas procesales, por cuanto se estaría incurriendo en un detrimento patrimonial frente a la Nación.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito



su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

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

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación

introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

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

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



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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fueron aportados los formularios de afiliación que efectuara el demandante por intermedio de la AFP PORVENIR S.A. el 9 de diciembre de 1994 y, posteriormente a la AFP COLPATRIA hoy en día también PORVENIR S.A. el 30 de abril de 1997 (Fls. 47 a 48 – PDF 01 DEMANDA y ANEXOS y fls. 61 a 62 – PDF 11 CONTESTACIÓN DEMANDA 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 de forma 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 ROMULO VARGAS AGUILAR en el interrogatorio de parte a él practicado no confesó que se le hubiese brindado una asesoría ajustada a derecho, incluidas las implicaciones, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, y otras situaciones de asesoría que entendiera de manera fehaciente la total información suministrada, sin advertirle características propias incluso del mismo Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como la cuenta de ahorro individual, aportes voluntarios, modalidades por vejez dentro del régimen privado, el derecho de retracto, etc.

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

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

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
----------------------------	--	--



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 1994, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia al declarar la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, 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 gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera respecto de COLPENSIONES, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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

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

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

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

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

“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla,

no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

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

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

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

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

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

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones,



rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas 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, por lo que al retornarse las contingencias referidas, evidente es que existe satisfecho un financiamiento como consecuencia de una posible prestación a la demandante.

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

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

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

*“Por ello se procederá a Condenar a Old Mutual SA hoy Skandia, a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los **gastos de administración, comisiones, y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.** Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle*



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

*Paralelamente, se ordenará a Porvenir SA devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por **gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos**, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

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

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

De lo anterior, la decisión de primera instancia deberá aclararse. En tal sentido, se dispondrá que la AFP PORVENIR S.A. deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, 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. Igualmente, al momento del cumplimiento de dicha 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.

Finalmente, en lo que respecta al reproche elevado por COLPENSIONES acerca de la condena en costas impuestas, 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 COLPENSIONES objeto de órdenes concernientes a la declaratoria de ineficacia de la afiliación del demandante en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, por consiguiente, el retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, es palmario que deba imponérseles esta condena, adicional a que en la contestación de la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones.

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

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ACLARAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, en el entendido de indicar que la AFP PORVENIR S.A.



deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Igualmente, al momento del cumplimiento de dicha orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado
ACLARO VOTO

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



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

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

PROCESO ORDINARIO LABORAL No 26-2023-00193-01 DE ROMULO VARGAS AGUILAR contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 29 de febrero de los corrientes.

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

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

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



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

Ordinario Laboral 1100131050 27 2021 00343 01
Demandante: HEBER REYES VALENCIA
Demandados: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 1º de agosto de 2023 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 en primer grado fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor HEBER REYES VALENCIA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del régimen prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A., que se encuentra válidamente afiliado en el régimen de prima media, que tiene derecho a que los aportes efectuados en el fondo privado, junto con los rendimientos y gastos de administración sean trasladados a COLPENSIONES y que tiene derecho a que esta entidad le reconozca la pensión de vejez.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se ordene su traslado del RAIS al RPMPD, y se condene a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados en ese fondo, junto con sus rendimientos e intereses legales. Además, se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez conforme lo reglado en la Ley 100 de 1993 desde la fecha de su causación, con el IBL de los últimos diez años debidamente actualizados, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación de las sumas adeudadas, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que nació el 16 de marzo de 1954, se afilió y realizó aportes al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES desde el 1º de noviembre de 1975 hasta el 31 de julio de 1997; además, sostuvo que fue afiliado sin un consentimiento previo, debidamente informado y asesorado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. desde 1997, la cual permanece vigente a la presentación de la demanda.

Destacó que no fue debidamente informado y asesorado por PORVENIR S.A., acerca de los beneficios o desventajas del traslado de régimen y las consecuencias del mismo, de la misma forma, refirió que el 28 de noviembre de 2019 solicitó a ese fondo información sobre las semanas cotizadas, el saldo en su cuenta de ahorro individual y la posible mesada pensional, ante lo cual le indicó que contaba con 1.493 semanas cotizadas y un capital acumulado de \$355.068.141, con lo cual obtendría una pensión promedio de \$1.300.000, acotando que en el Régimen de Prima Media su mesada pensional sería de \$6.900.000.

De otro lado, indicó que el 5 de agosto de 2020 solicitó a COLPENSIONES la nulidad e ineficacia de su traslado de régimen y de su afiliación, junto con el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, pedimento que fue negado por esa entidad, asimismo, relató que el 19 de agosto de 2020 solicitó a PORVENIR su traslado de régimen, el cual fue negado, sin embargo, le precisó que su mesada en ese fondo ascendería a \$1.365.000. Por último, refirió que ha cotizado en ambos regímenes un total de 1.493 semanas. (archivos 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. contestó con oposición a las pretensiones de la demanda, argumentado que el actor se trasladó una vez recibió la información transparente y necesaria, lo que le permitió compararla con el conocimiento que tenía del régimen de prima media con prestación definida por haber pertenecido a él, tomando así la mejor decisión de acuerdo con sus intereses pensionales, lo que se demuestra con el formulario de afiliación que suscribió.

Agregó que no está demostrado algún vicio del consentimiento para probar la nulidad y que el gestor está inmerso en la prohibición legal de traslado de régimen pensional.

Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la genérica. (f. 2 a 27 archivo 11).

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que dentro del expediente no obra prueba que dé cuenta que se le hizo incurrir en error por falta al deber de información al actor por parte de la administradora de pensiones, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento; asimismo, indicó que no se evidencia manifestación de inconformidad alguna por parte del promotor sobre el particular, por el contrario lo que se advierte de las documentales que obran en el plenario es que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, igualmente, sostuvo que no procede el traslado ya que se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado.

Formuló como medios exceptivos los de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de



COLPENSIONES, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y la innominada o genérica. (f. 3 a 44 archivo 12).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 1º de agosto de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del señor HEBER REYES VALENCIA 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 HEBER REYES VALENCIA 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 explicado en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES afiliar nuevamente al señor HEBER REYES VALENCIA al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, recibir las cotizaciones provenientes de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y actualizar la historia laboral del demandante para incluir las semanas cotizadas al RAIS, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES reconocer y pagar la pensión de vejez al señor HEBER REYES VALENCIA bajo los parámetros de la Ley 797 de 2003, una vez el demandante acredite el retiro del Sistema General de Pensiones, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. al pago de las costas del proceso en la suma de \$2'000.000 como agencias en derecho.”



Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia indicó que el actor estuvo afiliado al ISS y se trasladó de régimen pensional a PORVENIR S.A. el 30 de julio de 1997, además, adujo que atendiendo la línea trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y el acervo probatorio recaudado en el trámite procesal, se advierte que PORVENIR S.A. no cumplió con la carga probatoria de demostrar la correcta y clara asesoría suministrada al momento del traslado del gestor, sobre las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes, carga probatoria que pretende demostrar con el formulario de afiliación el cual no es prueba idónea para satisfacer ese deber.

Concluyendo así, que el fondo privado incumplió con el deber de información, por ende, declaró la ineficacia del traslado con la consecuencial devolución a COLPENSIONES de los valores que haya recibido PORVENIR S.A. con motivo de esa afiliación, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandas y condenó en costas al fondo privado.

Frente a la pensión de vejez que deprecia el actor, expuso que alcanzó la edad de 62 años el 16 de marzo de 2016, según la copia de la cedula de ciudadanía que obra en el expediente, y que de acuerdo con la Historia Laboral Consolidada que aportó PORVENIR con la contestación, cuenta con 1501 semanas. Así las cosas, determinó que cumple con los requisitos establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, para acceder a la pensión de vejez ya que cuenta con más de 1300 semanas cotizadas y acreditó la edad de 62 años el 16 de marzo de 2016. Sin embargo, refirió que, al no encontrarse constancia del retiro definitivo del sistema pensional, no era viable liquidar la prestación, lo cual deberá llevar a cabo COLPENSIONES una vez se avale tal aspecto. En esa medida, precisó que solo declarararía que tiene derecho a la pensión de vejez. Además, declaró no probadas las excepciones propuestas por las accionadas, entre ellas la de prescripción y condenó en costas a PORVENIR S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la demandada COLPENSIONES la apeló. Al respecto, señaló no compartir la decisión de la *a-quo*, toda vez que en el curso del proceso

no se logró demostrar el supuesto daño sufrido por el actor y la falta de información al momento del traslado, aspecto frente al cual queda sujeta a lo que logre demostrar el fondo privado, no obstante, el formulario de afiliación que suscribió el promotor evidencia que el traslado se surtió de manera libre, voluntaria y con el lleno de los requisitos de ley, de ahí, que no se demuestra algún vicio del consentimiento, como el error, fuerza o dolo, más si se tiene en cuenta que nunca manifestó inconformidad al respecto, luego su vinculación al RAIS se ajusta a la ley y goza de plena y total validez.

Resaltó que su actuar siempre ha estado sujeto a los lineamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional en materia ineficacia del traslado, por ende, puede afirmar que el demandante no tiene derecho a regresar al RPMPD. De esa forma, sostuvo que, al no estar probada la ineficacia o la nulidad del traslado, no hay lugar al reconocimiento pensional en el régimen que administra, en consecuencia, solicita se revoque la sentencia de instancia y se le absuelva de todas y cada una de las condenas impuestas.

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, en caso positivo, si proceden las demás pretensiones que eleva en el *petitum*.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en



Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

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

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que

prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

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

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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso obra el formulario de afiliación mediante el cual el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A. el 30 de julio de 1997, vinculación que se hizo efectiva el 1º de septiembre de 1997, según el reporte SIAFP. (f. 56 y 80 archivo 11). No obstante, huelga mencionar que, si bien el formulario refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al*



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

Por otra parte, el demandante HEBER REYES VALENCIA en el interrogatorio de parte a él practicado, expuso que estando al servicio de COMERCIAL INDUSTRIAL NACIONAL S.A. fue contactado por un asesor de PORVENIR quien le mencionó que tenía mejores posibilidades de pensionarse en ese fondo, por cuanto el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES sería liquidado. De otra parte, adujo que no recibe pensión en la actualidad por parte de ese fondo, que el asesor no le informó de las desventajas y que se dedica a hacer asesorías técnicas.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, aunado a que no obra prueba alguna que advierta una información de PORVENIR S.A. al momento del traslado del demandante, de modo que, según lo adoctrinado por 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 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 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 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 debe memorar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

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

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

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

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

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

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado, debe indicarse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló sobre el particular:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

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

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

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

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

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

correspondiente a los gastos de administración, comisiones, y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Paralelamente, se ordenará a Porvenir SA devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Postura que reitera lo expuesto previamente sobre el particular por esa Alta Corporación entre otras, sentencia SL5047-2021, Radicación No. 83777 del 25 de octubre del 2021 en la que se había indicado lo siguiente:

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

De lo anterior, dimana con claridad que no erró la *a-quo* en la decisión de declarar la ineficacia del traslado. Sin embargo, estima la Sala necesario adicionar el numeral segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de precisar que la demandada PORVENIR S.A., debe devolver a COLPENSIONES los gastos de administración, las primas por seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados por el tiempo en que permaneció el actor en ese fondo. En lo demás, habrá de confirmarse la sentencia de primer grado sobre este puntual aspecto.

d. De la pensión de vejez:

Adicional a la declaratoria de ineficacia, solicita el demandante se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez conforme lo dispuesto

en la Ley 100 de 1993, advirtiéndose al respecto, que pese a que la Sala considere pertinente el estudio del régimen de transición a favor del gestor, en esta ocasión no profundizará en lo atinente a si adquirió prerrogativas pensionales antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues al estudiarse el asunto en grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad, no es viable modificar lo decidió por la Juez de primer grado frente a la aplicación de una norma que le puede ser desfavorable a dicha encartada respecto del reconocimiento pensional, aspecto que por demás no fue debatido en primera instancia y tampoco el actor manifestó disenso alguno frente al reconocimiento pensional.

Precisado lo anterior, se procede con el estudio de la prestación de vejez deprecada, en los términos reseñados en el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que dispone:

“ARTÍCULO 9o. El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

(...)”

De esta forma, palmario resulta entonces que el demandante nació el 16 de marzo de 1954 como da cuenta la copia de la cédula de ciudadanía (f. 30 archivo 01), por lo que cumplió 62 años de edad el 16 de marzo de 2016, ostentando así el primer requisito para la causación del derecho pensional.



Ahora bien, la Juez de primer grado determinó que el actor contaba con más de 1300, evidenciándose al respecto que según la Historia Laboral Consolidada emitida el 7 de octubre de 2022 por PORVENIR S.A. se encuentra que el promotor cuenta con un total de 1501 semanas, de las cuales 528.2 corresponde a portes efectuados a entidades públicas, entre el 1º de noviembre de 1975 y el 30 de agosto de 1997, lo que se acompasa con el Reporte de Semanas Cotizadas en Pensiones expedido por Colpensiones; y en el fondo privado acredita 972.8 semanas cotizadas entre septiembre de 1997 y julio de 2018. (f. 28 a 32 y 57 a 63 archivo 11 y archivo 13)

En esa medida, se acredita que el gestor cuenta con más de 1300 semanas de cotizaciones, de modo que, se encuentran cumplidos los requisitos de edad y semanas cotizadas exigidos por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, por lo menos a julio de 2018.

Ahora bien, se tiene que la prestación se causó el 16 de marzo de 2016, empero, al no obrar evidencia de la novedad de retiro del sistema general de pensiones por parte del gestor, es dable dejar supeditado su reconocimiento y pago al momento en que se cumpla con tal requisito, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990. Igualmente, cabe precisar que el monto de la mesada pensional deberá determinarse con el IBL de los últimos 10 años o todo el tiempo cotizado, según le resulte más favorable al afiliado, de acuerdo a lo previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, junto con los reajustes de ley y mesadas adicionales, más la indexación de las mesadas que se reconozcan desde el retiro hasta el momento de su pago, de ser viable su aplicación. En consecuencia, se confirmará la sentencia de instancia en lo tocante a este puntual aspecto.

De otro lado, se observa que el gestor solicita el pago de intereses moratorios por las mesadas adeudadas, tópico sobre el cual la Juez de primer grado no realizó pronunciamiento alguno y este tampoco manifestó inconformidad alguna sobre el particular, por lo que al analizarse en consulta el presente asunto a favor de COLPENSIONES no se abordará el estudio de la pretensión.

COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente COLPENSIONES.



V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral primero de la sentencia proferida el 1º de agosto de 2023 por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de precisar que la demandada PORVENIR S.A., debe devolver a COLPENSIONES los gastos de administración, las primas por seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados por el tiempo en que permaneció el actor en ese fondo, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado
SALVO VOTO

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



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

Ordinario Laboral 1100131050 29 2020 00309 02
Demandante: CARLOS ARTURO CONTRERAS DURÁN
Demandados: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de PORVENIR S.A. a la abogada AVLENTINA GÓMEZ TRUJILLO, identificada con cédula de ciudadanía 1.012.459.669 y T.P. 366.614 del Consejo Superior de la Judicatura, en los términos del poder conferido.

Igualmente, se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la profesional del derecho ALIDA DEL PILAR MATÉUS CIFUENTES, identificada con cédula de ciudadanía 37.627.008 y T.P. 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 10 de marzo de 2023 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor CARLOS ARTURO CONTRERAS DURÁN promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLFONDOS S.A., a fin que se declare actuó de manera

reprochable y arbitraria al no brindar la información integral de las consecuencias de trasladarse de régimen, viéndose impelido a promover un proceso judicial para establecer la ilegalidad del traslado de régimen pensional, circunstancia que implicó que se afectara su IBL, y por ende la mesada pensional.

En consecuencia, se condene a la accionada al pago de los daños y perjuicios ocasionados por el traslado ilegal, consistentes en las diferencias existentes entre la mesada que hubiera obtenido antes del proceso judicial de ineficacia y la liquidada por COLPENSIONES, causadas entre el 1º de julio de 2017 y que por el proceso judicial se prolongaron hasta el 1º de octubre de 2019, la indexación y lo que se encuentre acreditado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que fue trasladado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el mes de junio de 1994, desconociendo la AFP COLFONDOS S.A. el deber de información, lo que conllevó a que el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de fecha 4 de abril de 2018, declarara la nulidad absoluta de la vinculación y afiliación al RAIS, providencia que fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Decisión Laboral, en sentencia del 28 de marzo de 2019.

Que en virtud del traslado ilegal, se ha visto afectado en el monto de la mesada pensional y del retroactivo que le correspondería si hubiera continuado afiliado al régimen de prima media, ello por cuanto se vio obligado a realizar aportes por el espacio de dos (2) años adicionales después del cumplimiento de los requisitos legales establecidos en la ley para acceder a la pensión de vejez, de tal manera que el promedio del ingreso base de cotización al momento del cumplimiento de los requisitos para pensionarse correspondía a una suma aproximada de \$9.550.80, lo que arrojaba una mesada pensional en promedio de \$6.925.600, valor inferior al reconocido por COLPENSIONES.

Refiere que debía haber disfrutado de las mesadas pensionales a partir del mes de julio de 2017, circunstancia que también se vio afectada por el proceso



judicial que se vio abocado a iniciar, dejando de percibir un promedio de \$160.000.000 por concepto de mesadas pensionales.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

En auto del 28 de mayo de 2021, se tuvo por no contestada la demanda por la accionada COLFONDOS S.A., disponiendo a su vez la integración en calidad de litisconsorcio necesario, a la AFP PORVENIR S.A., quien contestó la demanda señalando que para la fecha del traslado HORIZONTE S.A. si prestó la debida asesoría, por lo cual el demandante de manera libre y voluntaria decidió vincularse el 21 de junio de 1994, pese a ello, el traslado fue declarado nulo mediante sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, confirmada en segunda instancia por el Tribunal Superior de Bogotá.

Así mismo que la vinculación a PORVENIR S.A. se mantuvo hasta el 2008, fecha en la que llevo a cabo traslado a la AFP COLFONDOS S.A.; finalmente, refirió no constarle los hechos atinentes a la pensión.

Propuso y sustentó la excepción previa de cosa juzgada y las de mérito de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica innominada.

Mediante proveído del 19 de julio de 2021, se vinculó en calidad de litisconsorcio necesario a COLPENSIONES, entidad que contestó la demanda señalando que, tras la declaratoria de nulidad de traslado de régimen pensional, le fue reconocida la pensión de vejez al actor mediante la Resolución No. SUB 13456 del 17 de enero de 2020 en cuantía de \$6.533.086, a partir del 1º de febrero de 2020, con fundamento en 1760 semanas cotizadas y de conformidad con los valores devueltos por COLFONDOS S.A.; así mismo que la prestación fue liquidada de conformidad con la Ley 797 de 2003, con un IBL de \$8.832.075 y una tasa de reemplazo del 73.97%, atendiendo además las previsiones de los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, esto es, tomando hasta la última semana cotizada.

Propuso y sustentó las excepciones previas de falta de legitimación en la causa por pasiva por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones



COLPENSIONES y falta de reclamación administrativa, y las de mérito de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y la declaratoria de otras excepciones.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 10 de marzo de 2023, absolvió a las accionadas de la totalidad de pretensiones.

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* señaló que, de conformidad con lo establecido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, para acceder a la pensión de vejez el accionante requería tener 62 años de edad y 1.300 semanas de cotización, requisitos a los que había arribado para el 3 de julio de 2017, fecha en que cumplió la edad mínima, sin que se haya reconocido la pensión en tanto se encontraba en trámite el proceso de ineficacia del traslado del RPM al RAIS.

Refirió que la causación de la pensión opera para el momento en que se cumplen los requisitos mínimos, pese a ello el disfrute corresponde a la fecha en que se deja de cotizar o se retira del sistema. De otra parte, refiere que el hecho de incumplirse por la AFP el deber de información y el principio de buena fe, para el momento del traslado de régimen pensional, implica la causación de perjuicios a favor de los pensionados a quienes se les reconoce la pensión en el RAIS.

Así las cosas, la falta de información quedó plenamente establecida, así como que el actor no accedió a la pensión para cuando cumplió 62 años de edad, y que además se vio compelido a continuar cotizando por espacio de 107.61 semanas con posterioridad a la edad mínima, y en tal sentido la pensión se hubiese calculado durante los 10 últimos años hasta los 62 años, arrojando un promedio de \$7.266.159,59 con una tasa de reemplazo del 71.35%, para una mesada de \$5.182.264,35, monto que arrojaría un retroactivo de \$151.310.229,20, pese a ello, tales emolumentos resultan inferiores a los reconocidos por COLPENSIONES, en tanto el incremento de la pensión para el año 2018 sería de \$5.394.218,98 y para el año 2019 de \$5.565.755.14, mientras que la pensión



reconocida tomando hasta la última fecha de cotización asciende a \$6.533.086, con una tasa de reemplazo superior de 73.97%.

De tal manera, que no encontró acreditado el perjuicio reclamado, lo que conllevó a que absolviera de la totalidad de las pretensiones.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante sustentó el recurso de apelación, argumentando que la pensión se calculó por la *a-quo* en forma errónea; además que se equivocó la *a-quo* al tener por probado que la AFP brindó una información idónea y actuaron con diligencia para efectos del traslado de régimen, cuando en realidad se vulneró el deber de información, lo cual implica el pago de una indemnización de perjuicios.

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 se causó un perjuicio por el reconocimiento de la pensión de vejez por haberse impelido al demandante a seguir cotizando hasta que se declarara la ineficacia del traslado pensional, lo que condujo a que percibiera una pensión inferior y sin el debido retroactivo desde la fecha en que cumplió la edad de pensión mínima.

c. De la indemnización de perjuicios:

De conformidad con el supuesto fáctico de la demanda, la litis gira en torno a establecer si se le ocasionó un perjuicio a la demandante por parte de la AFP PORVERNIR S.A., al incumplir con el deber de información al momento de

suscribir el formulario de traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, pretensión que además se sustenta en que tal hecho implicó que no tuviera a su alcance solicitar el reconocimiento de la pensión de vejez al cumplimiento de la edad mínima, esto es, a los 62 años edad, debiendo en consecuencia adelantar un proceso de ineficacia de traslado, lo que se tradujo en la reducción del monto pensional al que hubiese accedido.

Debe referir la Sala en primer lugar que en el *sub-examine* se declaró judicialmente la ineficacia de traslado de régimen pensional, tal como se advierte en la sentencia proferida el 4 de abril de 2018 por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, confirmada mediante sentencia del 28 de marzo de 2019 por el Tribunal Superior de Bogotá (Fls. 111 a 125 archivo digital 01Demanda.pdf). Así las cosas, al haber hecho tránsito a cosa juzgada lo atinente a la nulidad o ineficacia del traslado, debe acotarse que, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras, en la sentencia SL3179-2023, Radicación No. 81843 del 29 de noviembre de 2023, tal decisión tiene las siguientes implicaciones:

“(iv) Implicaciones prácticas de la declaratoria de ineficacia del traslado:

“En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala ha considerado que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda, esto es, que las cosas retornen a su estado anterior (CSJ SL3155-2022, CSJ SL3188-2022, entre otras).

*“De ahí que, declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia *ex tunc* (desde siempre).*

*“Ello significa que en este caso el regreso al *statu quo* implica que la actora debe ser redirigida al único ente que hoy administra las afiliaciones del régimen de prima media con prestación definida, esto es, el ISS, hoy Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones, tal como se advirtió en casación.*

De tal manera, que los efectos de la ineficacia del traslado, se traducen en retrotraer las cosas al estado anterior y, por ende, considerar que el actor siempre estuvo afiliado al RPM por conducto de COLPENSIONES, sin que tal

declaratoria implique entonces desconocer las reglas de dicho régimen pensional para efectos del reconocimiento pensional, entre ellas, que la pensión se reconozca teniendo en cuenta la totalidad de las semanas cotizadas y desde la fecha del retiro del sistema pensional.

En ese sentido, no es dable que el actor persiga a título de indemnización de perjuicios, que la AFP le reconozca un retroactivo pensional desde que cumplió 62 años, esto es, desde el 3 de julio de 2017, ello en tanto el demandante, tal como se aprecia en la historia laboral, cotizó hasta noviembre de 2019 (20HistoriaLaboralExpedienteAdministrativoColpensiones20210806.zip).

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras, en sentencia SL2831-2023, Radicación No. 83768 del 23 de octubre de 2023, refirió:

“En cuanto a la estructuración del referido derecho pensional, resulta del caso precisar que esta Sala ha establecido la diferencia entre la «causación» y el «disfrute» de la pensión de vejez. Frente al primero, ha preceptuado que este «se estructura cuando se reúnen los requisitos mínimos exigidos en la ley para acceder a la prestación pensional», y frente al segundo, que «supone el cumplimiento del primero y se da cuando se solicita el reconocimiento de la pensión a la entidad de seguridad social, debiendo como regla general, llevarse a cabo la previa desafiliación del régimen» (CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558, reiterada por la CSJ SL2876-2022).

“En desarrollo de lo expuesto, esta Sala ha adoctrinado que, atendiendo lo previsto en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, la desafiliación o el retiro del sistema se erige, generalmente, como un presupuesto imprescindible para el disfrute del derecho pensional que es reconocido bajo los apremios del régimen de transición; no obstante, existen situaciones especiales que ameritan un tratamiento igualmente excepcional que permiten concluir que, pese a que un trabajador continuó aportando al sistema, el reconocimiento de la pensión debe ser, a partir de la data en que se cumplen con los requisitos que la ley exige para acceder a la prestación y no aquella en que se reporta la desafiliación, por cuanto se puede inequívocamente concluir que su voluntad era la de retirarse del sistema, empero, la entidad con su actuar induce en error al afiliado, lo que conllevó a que el mismo siguiera realizando aportes al sistema pensional.

“Sobre la anterior temática se trae como referente lo expresado en la sentencia CSJ SL2607-2021, que reiteró lo dicho en CSJ SL3245-2019, así:

“Aquí y ahora, se memora que ha sido doctrina de esta Corte que solo a partir de la desafiliación del asegurado al sistema general de pensiones es dable que comience a recibir la pensión de vejez, toda vez que, con arreglo

a los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, si bien la pensión de vejez se causa cuando se reúnen los requisitos de edad y densidad de semanas, su disfrute lo es desde la desafiliación formal.

“En este orden, podría decirse que la regla general sigue siendo la desvinculación del sistema como presupuesto necesario para el inicio de la percepción de la pensión, pero existen situaciones especiales que ameritan reflexiones igualmente particulares, y que deben ser advertidas por los jueces en el ejercicio de su labor de dispensar justicia, y que permiten concluir que pese a que el afiliado continuó cotizando, el reconocimiento de la pensión será a partir de la data en que se cumplen con los requisitos que la ley exige para acceder a la prestación y no la calenda de la desafiliación.

“Sin embargo, cabe destacar, que en aquellos eventos en que concurre un actuar negligente o errado de la entidad encargada de reconocer la prestación de vejez, a la que el afiliado tenía derecho de tiempo atrás cuando cumplió con los requisitos exigidos para obtener la pensión, es menester entrar a estudiar las particularidades de cada caso.

De tal manera, que el accionante accedió a la pensión de vejez atendiendo los presupuestos antes descritos, esto es, desde la fecha del retiro del sistema y teniendo en cuenta hasta la última cotización, tal como se extrae de la Resolución No. 019_15070565 de enero de 2020, en la cual se acogieron las cotizaciones hasta noviembre de 2019, reconociéndose desde febrero de 2020, la cual se estableció como la fecha del disfrute.

De otra parte, tal como se expresó en la anterior reseña jurisprudencial, solo es dable modificar la fecha de disfrute *cuando la entidad que tenga a su cargo el reconocimiento pensional*, haya inducido en error al afiliado, lo cual no acontece en el plenario en tanto la prestación está a cargo de COLPENSIONES y no de la AFP PORVENIR S.A., más aún cuando el traslado de pensional se declaró sin efectos, y COLPENSIONES reconoció el derecho tal como si el actor nunca hubiese estado vinculado a RAIS, acogiendo la normativa que regula lo atiente al disfrute de la pensión, esto es, desde la fecha del retiro.

No debe soslayarse, que en manera alguna la AFP le señaló o manifestó al actor *que debía seguir cotizando para acceder a una pensión*, y por ello, el demandante tenía a su pleno alcance dejar de cotizar desde los 62 años de edad, sin que entonces resulte aplicable el precedente jurisprudencial atinente a la inducción en error. En efecto, en la propia demanda ordinaria de ineficacia, señala el actor:

“24. Que la AFP COLFONDOS le realizó una simulación pensional dentro del plan de vida a mi poderdante, en la cual proyectó el valor de su mesada pensional, para cuando cumpliera 62 años de edad, esto es para el año 2017 arrojando como resultado que el valor de su mesada pensional mensual equivaldría a la suma de \$3.332.595, tal y como se verifica en la simulación pensional emitida por COLFONDOS (3 folios).

De otra parte, la indemnización de perjuicios a cargo de la AFP por haber incumplido el deber de información, se ha estimado en tratándose de pensionados en el RAIS, a quienes se les truncó la posibilidad de acceder a la pensión en el régimen del RPM, supuesto fáctico que dista de la presente litis, en la cual al demandante le fue reconocida la pensión por COLPENSIONES, e incluso, tal como lo adujo la *a-quo*, se benefició de una mayor tasa de reemplazo al haberse tenido en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad al cumplimiento de los 62 años edad.

En ese orden de cosas, el actor accedió a la pensión de vejez en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, aspecto que se aleja del precedente de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, referente al cobro de perjuicios por quien se pensionó en el RAIS. Al respecto, en sentencia SL373-2021, Radicación No. 84475 del 10 de febrero de 2021, trazó la línea que si bien por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible devolver las cosas a su estado normal, la calidad de pensionado resulta en la configuración de una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico que no es razonable revertir cuando se acredita la ineficacia del traslado, como quiera que tal aspecto conllevaría a disfuncionalidades que afectarían a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto, así se enfatizó:

“Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante)¹, lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por

¹ SL1688-2019, SL3464-2019

tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con relevar algunas situaciones:

“Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.

“Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.

“Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.

“Por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.

“Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requería la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defiendan los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.

“Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima

media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.

“La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones”.

Siendo en el anterior contexto que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, concluyó:

“Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.

Como corolario de lo anterior, se estima que la pretensión indemnizatoria pretendida, no se ciñe a los presupuestos en los que la jurisprudencia ha accedido bien a (i) modificar la fecha de disfrute cuando la AFP induce en error al afiliado para continuar cotizando; así como a (ii) la indemnización plena de perjuicios por el pensionado en el RAIS, por el incumplimiento del deber de información.

Decantado lo anterior, debe señalarse que, al haberse deprecado una indemnización de perjuicios, debe acreditarse, además del perjuicio o daño, la culpa de la AFP y el nexo causal.

Debe así advertirse que, si bien se acredita la culpa en la que incurrió la AFP, al haberse declarado la ineficacia del traslado, lo cierto es que la decisión judicial implicó que el accionante siempre estuvo afiliado al RPM, y por ende no se puede estimar que se causó un perjuicio por haberse reconocido y liquidado la pensión en los términos y condiciones que regula el RPM, de tal manera que no es dable que se liquide la pensión tomando como base los diez (10) últimos años anteriores al cumplimiento de los 62 años, esto es, del 3 de julio de 2007 al 3 de julio de 2017 como lo pretende el actor, ello en tanto, el accionante *motu proprio*

cotizó hasta noviembre de 2019, e incluso en el acto administrativo de reconocimiento pensional se estableció una fecha de disfrute desde febrero de 2020, beneficiándose el demandante de una mayor cantidad de semanas que impactaron de manera favorable la tasa de reemplazo. Lo anterior, releva a la Sala de verificar la liquidación de la mesada pensional para el mes de julio de 2017, pues lo pretendido desborda las reglas del RMP.

Así las cosas, se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandante.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de marzo de 2023 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las razones vertidas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Se fijan como agencia en derecho la suma de \$1.300.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



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

Ordinario Laboral 1100131050 29 2021 00391 01
Demandante: MARTHA YANETT OROZCO PULIDO
Demandados: PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA:

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MARTHA YANETT OROZCO PULIDO promovió demanda ordinaria laboral en contra de PORVENIR S.A., a fin que se declare que se trasladó sin el cumplimiento de los requisitos legales y sin consentimiento informado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR S.A., siendo dicha entidad responsable frente a la infracción, error u omisión de sus intermediarios comerciales, ello en tanto el asesor carecía de idoneidad, trayectoria, especialización, profesionalismo y conocimiento adecuado , por ende el traslado se realizó con ausencia total de información.

En consecuencia, se condene a la accionada al pago de los perjuicios materiales ocasionados con el traslado de régimen a título de lucro cesante representado en la diferencia mensual existente entre el valor de la mesada que le correspondía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el valor



de la mesada pensional que le correspondió en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, proyectada hasta su expectativa de vida, en la suma de por la suma de \$1.104.801.744,78, más la indexación, y lo que se encuentre acreditado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que nació el 24 de abril de 1963, afiliándose al ISS el 3 de diciembre de 1985; que el 1º de abril de 1999, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por PORVENIR S.A., fecha en la que fue abordada en su sitio de trabajo por un intermediario comercial de la accionada, quien no ostentaba las calidades de idoneidad, honestidad, trayectoria, especialización, profesionalismo y conocimiento adecuado para la labor de ofrecer una afiliación de pensiones, lo que conllevó a que no le suministrara la información suficiente para tomar la decisión que se ajustara a sus intereses.

Que PORVENIR S.A. no le dio a conocer las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, ni brindó una comparación respecto del RPM.

Relata que cotizó en total de 1665 semanas al sistema general de seguridad social en pensiones y dada su formación profesional, para la vigencia fiscal del año 2020, recibió, por concepto de salarios y prestaciones sociales, la suma de \$98.399.000 y en los diez últimos años reportó un promedio de \$5.116.238,56, pese a ello el 5 de agosto de 2020 PORVENIR S.A. le reconoció una pensión equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, mientras que en COLPENSIONES habría obtenido a los 57 años una mesada de \$3.739.242,38; finalmente, que la prestación económica percibida no se adecúa a su nivel de vida y obligaciones, máxime que asume mensualmente la suma de \$900.000 para el sostenimiento y cuidado de su hermana PATRICIA OROZCO PULIDO.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, señalando para ello que el traslado de régimen pensional obedeció



a una decisión libre e informada, tal como se expresa en el formulario de vinculación, más aún cuando manifestó ser consciente de las implicaciones y efectos del traslado, garantizándosele el derecho al retracto; refiere que solo después de 22 años de la suscripción de la afiliación se alega un presunto vicio del consentimiento, desconociendo que ostenta la calidad de pensionada y se encuentra inmersa en la prohibición del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Finalmente, que cumplió las obligaciones contenidas en la Circular Externa 019 de 1999 de la Superintendencia Financiera de Colombia y subsiguientes, y que para la fecha del traslado no existía obligación de realizar proyecciones.

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

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 10 de febrero de 2023, declaró que PORVENIR S.A. es responsable de los perjuicios materiales ocasionados a la demandante por incumplir el deber de información y de buena fe, al momento del traslado del régimen pensional, y en consecuencia la condenó a reconocer y pagar a título de perjuicios materiales la suma de \$ 85.960.741,4, la cual deberá indexarse, causados hasta 31 de diciembre de 2022 y los que se causen en adelante, teniendo en cuenta para su liquidación la diferencia pensional entre el valor de la pensión que le hubiese correspondido en el Régimen de Prima Media con prestación definida que para el cinco 5 de agosto de 2020, correspondía a \$ 3.739.242,38, con sus aumentos legales y la que se le cancele en el RAIS; así como al pago de cinco (5) SMMLV por concepto de perjuicios morales.

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* señaló que, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, es obligación de la AFP cumplir con el deber de información, siendo además carga de la accionada acreditar tal aspecto. Estimó así que no se aportó al plenario medio de convicción alguno que demuestre que PORVENIR S.A. brindó la debida ilustración a la accionante a efectos de adoptar la decisión de trasladarse de régimen pensional.

Una vez determinado lo anterior, señaló que, al tratarse la demandante de una pensionada, tiene derecho a la indemnización plena de perjuicios, haciendo referencia a la jurisprudencia del órgano de cierre frente a la responsabilidad precontractual y contractual. Señaló, que el dictamen pericial se ajusta a derecho, en tanto tuvo en cuenta el IBL y el promedio de los últimos diez años, sin embargo, frente al daño estimó que, si bien se emite dictamen con un único valor proyectado a la vida probable, el mismo corresponde a la diferencia de la pensión reconocida en el RAIS y que hubiese obtenido en el RPM, estando al alcance de la operadora realizar operaciones aritméticas a efectos de desentrañar el valor concreto del perjuicio, acogiendo para ello el valor de la mesada del dictamen en cuanto a la primera mesada en el RAIS, y disponiendo el pago mensual de la diferencia.

Finalmente, señaló que, si bien no se aportó un dictamen pericial frente a los perjuicios morales, se acreditó, con el testimonio de la hermana e hija de la actora, que la diferencia pensional irrogó un daño inmaterial, más aún cuando su hija debió asumir diversas obligaciones familiares, teniendo en cuenta el estado de debilidad manifiesta en la que se encuentra su hermana.

III. RECURSOS DE APELACIÓN:

La parte demandante sustentó el recurso de apelación, argumentando que para efectos de tasar los perjuicios se debió tener en cuenta el monto global establecido en el dictamen pericial por valor de \$1.104.801.744,78; ello en tanto el perjuicio se consolidó en el momento en que se accedió a la pensión en el RAIS, y por ende en tal fecha se debe calcular el daño, sin que sea dable ordenar el pago de una pensión, que denominó *adicional* o *complementaria*, pues tal decisión contraría los postulados de la jurisprudencia en lo atinente a la teoría del resarcimiento, desarrollada por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Por su parte, la demandada sustenta la alzada en que PORVERNIR S.A. no causó perjuicio alguno, ello en tanto la demandante narró las circunstancias que rodearon el traslado, época para la cual solo se debía acreditar la información a través del formulario de afiliación, sin que sea dable exigir documentos



adicionales. Además, la accionada aportó la hoja de vida del asesor, lo que demuestra que tenía a su alcance brindar la debida información, si desconocer que la demandante además debe cumplir obligaciones como afiliada del sistema a efectos de absolver dudas, pese a lo cual la misma demandante confesó que no realizó pregunta alguna al momento del traslado.

De otra parte, que la solicitud de la pensión ratifica su deseo y aceptación de pertenecer al RAIS, así como de las condiciones que le fueron ofrecidas; cita la sentencia con radicación 00873 18 de septiembre de 2018 del Tribunal Superior de Medellín, relativa a la convalidación de la afiliación. Señala que no es dable ordenar el pago indexado de la diferencia pensional, ello en tanto con los incrementos de ley, ya se trajo a valor actual el monto de las mesadas.

Refiere que en las pretensiones de la demanda no se deprecaron perjuicios morales, aunado a ello que no basta una simple inconformidad frente a la pensión para que aquellos sean procedentes, mismos que deben ser plenamente acreditados, sienta tachados de sospecha los testimonios de la hermana y la hija de la actora. Argumenta que no es de recibo que se haya aducido por activa que las AFP cuentan con suficientes recursos para solucionar este tipo de indemnizaciones.

Finalmente, que la perito no realizó un cálculo de toda la vida laboral, ello pese a que en la historia laboral se advierten diferencias en los ingresos desde el año 2009 hacia atrás, siendo esa la razón para que el dictamen pericial no tomara en cuenta esa manera de liquidación.

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 PORVENIR S.A. debe reparar de manera integral, el daño aducido por la parte demandante ante el incumplimiento del deber de información; en caso afirmativo auscultar la manera en que se debe tasar el perjuicio material, además de si se acreditaron en la modalidad de morales.

c. De la indemnización de perjuicios:

De conformidad con el supuesto fáctico de la demanda, la litis gira en torno a establecer si se le ocasionó un perjuicio a la demandante por parte de la AFP PORVERNIR S.A., al incumplir con el deber de información al momento de suscribir el formulario de traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, pretensión que además se sustenta en lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, al referir que el pensionado no tiene a su alcance deprecar la ineficacia del traslado, sino la indemnización plena de perjuicios.

De cara a lo anterior, debe acotarse que la ineficacia del traslado, opera para quienes, ostentando la calidad de *afiliados*, hayan suscrito el respectivo formulario, sin que la AFP haya cumplido en debida forma la obligación de información y asesoría que les corresponde, relación de *afiliación* que es la que otorga el ingreso del trabajador dependiente o independiente en el sistema de seguridad social integral, y de la cual surgen derechos y obligaciones de seguridad social. La Corte Constitucional en sentencia T-235 de 2002, señaló que *“La precisión del concepto “afiliación” también se encuentra en la teoría de la seguridad social. Tratándose de pensión de jubilación, la afiliación es un acto que se produce una sola vez en la vida del interesado, al ingresar al trabajo, por consiguiente, la afiliación no es repetible, es vitalicia. Habrá, como es obvio, situaciones en las que se está trabajando (a esto se denomina “alta”, y aquellas en que no lo está (se denomina “baja”).*

En ese sentido, la accionante al haber aceptado la pensión que le fuera reconocida por PORVENIR S.A., dejó de ostentar la calidad de *afiliada*, para consolidarse en su favor la condición de *pensionada* por vejez en los términos y modalidad seleccionada en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Debe así tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL373-2021, Radicación No. 84475 del 10 de febrero de 2021, trazó la línea que si bien por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible devolver las cosas a su estado normal, la calidad de pensionado resulta en la configuración de una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico que no es razonable revertir cuando se acredita la ineficacia del traslado, como quiera que tal aspecto conllevaría a disfuncionalidades que afectarían a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto, así se enfatizó:

“Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante)¹, lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con relevar algunas situaciones:

“Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.

“Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.

“Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar

¹ SL1688-2019, SL3464-2019



simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.

“Por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.

“Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requería la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defienda los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.

“Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.

“La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones”.

En la citada providencia, entre otras, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, concluyó:

“Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.



Por lo anterior, al haberse deprecado la indemnización plena de perjuicios por la accionante, quien ostenta la calidad de pensionada, debe acreditarse, además del perjuicio o daño, la culpa de a AFP y el nexo causal.

Así las cosas, se tiene que, en el presente hecho culposo atribuido a la AFP, se derivaría de la fase precontractual del negocio jurídico del traslado de régimen, específicamente ante la omisión o negligencia de la AFP, lo cual soporta la actora en el supuesto fáctico atinente a que carecía el asesor o promotor de POVERNIR S.A. de los conocimientos para brindar la información necesaria para adoptar una decisión relevante como lo es el cambio de régimen pensional. Así mismo, el daño se alega que consiste en la diferencia de la mesada pensional, lo cual se constituye en un lucro cesante que debe ser calculado teniendo en cuenta la vida probable de la accionante como una suma global.

De tal manera, que la Sala abordará el estudio de la responsabilidad precontractual y su incidencia en la falta de información para el traslado de régimen pensional; de acreditarse dicha responsabilidad si se acreditó en debida forma el daño.

d. Responsabilidad precontractual:

Tal como se advirtió en precedencia, la responsabilidad que se endilga a la AFP, deriva de la fase previa a la suscripción del formulario de traslado de régimen y afiliación a PORVENIR S.A., en la cual se le endilga que omitió el deber de información que se encontraba en cabeza de la AFP. Así, es obligación de la accionada el reparar de manera integral los daños resarcibles que se ocasionen por la transgresión del deber de información propio del periodo previo al traslado de régimen pensional.

Precisado lo anterior, 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. 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.

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, 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 la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que a diferencia de lo alegado por la AFP PORVENIR S.A., el formulario de afiliación no acredita el cumplimiento del deber de información, ello en tanto si bien tal documental refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz,

máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, la hoja de vida del promotor de la AFP, no acredita la información que le suministró a la demandante, quien además no confesó de manera expresa que haya sido debidamente informada sobre las características, ventajas y desventajas del traslado de régimen pensional.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

	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 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 asistió razón a la falladora de instancia al tener por acreditada la omisión del deber de información por parte de PORVENIR S.A., lo cual se constituye en un hecho culposo, elemento de la responsabilidad deprecada por activa.

Sobre este tópico la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2924-2023, Radicación No. 95085 del 28 de noviembre de 2023, señaló:

“La culpa

“Esta debe entenderse como la infracción del fondo de pensiones de suministrar toda la información, veraz, oportuna y comprensible, para que el afiliado pudiera escoger libremente entre el Régimen de Prima Media y el de Ahorro Individual.

[...]

“Así pues, tal y como sucede en el caso del afiliado, al pensionado le basta con afirmar que no recibió toda la asesoría suficiente al momento de trasladarse, lo que supone una inversión de la carga de la prueba para que el fondo desvirtúe dicho presupuesto.

[...]

“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.

Determinada la culpa de la entidad, se procede al estudio del daño y su reparación.

e. Daño:

Una vez determinada la culpa en que incurrió la AFP, al no haber cumplido con la carga demostrativa frente al cumplimiento del deber de información, se tiene que por activa el daño se hace consistir en la diferencia de la mesada pensional a la que accedió en el RAIS y la que hubiese obtenido en el RPM de no haber mediado el traslado de régimen pensional.

Para ello se aportó un dictamen pericial, el cual concluye que existe una diferencia mensual para el año 2020, entre el valor de la pensión reconocida por el RAIS y el valor de la pensión que le pudo entrar a reconocer el RPM, por valor de \$2.861.439,38, la cual calculada como “*perjuicio económico causado a la afiliada*”, arroja una suma de \$1.104.801.744,78, ello atendiendo la expectativa de vida. Se debe acotar la *a-quo* acogió el monto de la diferencia de la mesada al que se arribó en la experticia.

Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2924-2023, Radicación No. 95085 del 28 de noviembre de 2023, señaló respecto del daño:



“Según las alegaciones hechas por él en los dos cargos, así como las enunciaciones realizadas en los hechos y pretensiones de la demanda inicial, el daño o afectación se presenta desde dos aristas, a saber, i) la diferencia entre el valor de la mesada reconocida en el Régimen de Ahorro Individual y la que pudo haberle sido concedida en Colpensiones [...]

“Para la Sala, resulta insuficiente y restrictivo delimitar el daño únicamente a la diferencia entre el valor de las mesadas pensionales de uno y otro régimen. No debe olvidarse que el Régimen de Ahorro Individual comprende unas beneficios y prerrogativas económicas que deben ser igualmente consideradas para estimar el perjuicio, pues de lo contrario se estaría olvidando el carácter indemnizatorio de la pretensión y, en consecuencia, se accedería al reconocimiento de una prestación híbrida, esto es, abarcando las características de cada uno de los regímenes pensionales.

“Al respecto, esta Corporación en la sentencia CSJ SL2562-2023 identificó como beneficios del Régimen de Ahorro Individual los siguientes:

“i) la posibilidad de pensionarse a la edad que escoja o anticipadamente (artículo 64 de la Ley 100 de 1993); ii) escoger la modalidad pensional (artículo 79 del mismo ordenamiento); iii) en el retiro programado, que los saldos de su cuenta de ahorro individual ingresen a la masa sucesoral en caso de fallecer y no tener beneficiarios de pensión de sobrevivientes (artículo 81 ibídem); iv) en otras modalidades de pensión, adoptar distintos valores de mesada que pueden variar según la escogida, por ejemplo una pensión mayor durante un tiempo y luego una menor, como puede ocurrir con las contempladas en la Circular 13 de 2012 de la Superfinanciera y v) determinar excedentes de libre disponibilidad cumpliendo con los requisitos legales (artículo 85 de la mencionada ley), entre otros.

“En ese orden de ideas, el recurrente para fijar el perjuicio debe, inicialmente, establecer si cumple los requisitos para causar el derecho a la pensión de vejez en el Régimen de Prima Media, así como la fecha en que esta sería exigible y el valor de la prestación. No hacerlo implicaría referirse a un daño inexistente o a una mera expectativa de recibir una prestación en Colpensiones.

“Adicionalmente, le corresponde identificar la modalidad a través de la cual se pensionó en el Régimen de Ahorro Individual, su incidencia en el valor de la prestación, la existencia de beneficiarios, determinar si recibió excedentes de libre disponibilidad y, finalmente, si la pensión se financia con un bono pensional.

“Por ejemplo, en el caso de los pensionados bajo la modalidad de retiro programado, como es el escenario del señor Sánchez Gutiérrez, hay que tener en cuenta que los recursos ahorrados para financiar la pensión son susceptibles de disminuir, lo que causaría que el valor de las mesadas pueda variar y, en ese sentido, el perjuicio aumente o disminuya.

“[...]

“También, es obligación de quien demanda definir el daño emergente y lucro cesante, con el objetivo de que pueda ser reparado integralmente como si el acto de traslado no hubiera nacido a la vida jurídica (CSJ SL373-2021). Concretamente, para calcular el lucro cesante consolidado y futuro, se requiere de una información y argumentación adicional a la elaborada en los términos de la diferencia entre el valor de las mesadas pensionales, pues ese solo dato no abarca el resarcimiento del perjuicio que se pretende y, en consecuencia, hace al daño indeterminado.

“Recalca la Sala que la discusión sobre la indemnización de perjuicios y su procedencia, en modo alguno puede tornarse genérica y definirse solamente desde la diferencia de lo que hubieran sido las mesadas pensionales entre regímenes; por tratarse de un resarcimiento, es necesario que se aborde cada caso concreto a partir de las características y situación de cada uno de los pensionados.

De tal manera, que a efectos que el perjuicio no se considere indeterminado y sea factible disponer de una condena, la parte demandante tiene la carga de demostrar de manera fehaciente, (i) “si cumple los requisitos para causar el derecho a la pensión de vejez en el Régimen de Prima Media, así como la fecha en que esta sería exigible y el valor de la prestación” e (ii) “identificar la modalidad a través de la cual se pensionó en el Régimen de Ahorro Individual, su incidencia en el valor de la prestación, la existencia de beneficiarios, determinar si recibió excedentes de libre disponibilidad y, finalmente, si la pensión se financia con un bono pensional”. Lo anterior implica que no se debe limitar a hacer una comparación simple entre los montos pensionales.

Así las cosas, a juicio de la Corporación le asiste razón a PORVENIR S.A. al estimar que el dictamen pericial no logra acreditar los anteriores aspectos; ello por cuanto:

(i) Frente al monto de la pensión en el RPM, si bien la perito refirió al absolver interrogatorio que realizó una proyección de toda la vida de la afiliada, la que resultó inferior, lo cierto es que la experticia en manera alguna incluye ese análisis, y mucho menos enrostra esa conclusión. De hecho, la documental contraría lo manifestado en el interrogatorio, pues de manera expresa contiene el procedimiento que se realizó, sin que haga mención alguna sobre el estudio del IBL teniendo en cuenta toda la vida laboral. En efecto, señaló:

“PROCEDIMIENTO PARA LA LIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RPM



*“DEL INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN: Se tomó como fecha de la última cotización el 24 de abril de 2020, en la cual la afiliada, cumplió sus 57 años y además acreditó las semanas exigidas (más de 1.300). **Se estableció el promedio del ingreso base de cotización mensual de los últimos 10 años de cotizaciones, comprendido entre el 25 de Abril del 2010 al 24 de abril del 2020.** Para establecer el ingreso base de liquidación se tuvo en cuenta meses de 30 días y años de 360 días, según lo dispuesto en Sentencia del 10 de noviembre de 1982, dictada dentro del expediente No. 3524 M.P Álvaro Orejuela Gómez y sentencia del 04 de marzo de 1999, M.P. Silvio Escudero Castro, ambas de la Sección Segunda del Consejo de Estado”*

De tal manera, que tal análisis resulta incompleto a efectos de establecer el monto real de la pensión en el RPM, pues adolece del estudio de toda la vida laboral, lo cual es factible que arroje una mesada superior, posibilidad que debía desvirtuar la parte demandante.

Adicionalmente, el estudio del dictamen pericial, que señala se realiza sobre los últimos 10 años, no se ajusta a la realidad probatoria; ello en tanto el cálculo, como expresamente se verifica en el dictamen, se realiza entre el 25 de abril del 2010 al 24 de abril del 2020, pese a ello del reporte de semanas cotizadas a PORVENIR S.A., se advierte que la actora cotizó hasta el mes de junio de 2020 (fl. 57 archivo digital 01Demanda.pdf), de tal manera que los últimos 10 años no corresponden entre los 47 y los 57 años, sino a los 10 último años de cotizaciones, estudio que tampoco se realiza en el dictamen pericial.

De tal manera, que no haber tenido en cuenta la totalidad de semanas, esto es, hasta la última cotización en junio de 2020, conlleva a que dicha prueba no logre formar el convencimiento de la Sala respecto del monto del IBL, ni la tasa de reemplazo que también se ve impactada por las semanas cotizadas después del 24 de abril de 2020, lo que impele a concluir que el primer presupuesto establecido en la providencia antes citada, no se encuentre debidamente acreditado.

(ii) Mucho menos el dictamen pericial ni las restantes pruebas aportadas al plenario, dan cuenta del impacto que a futuro tendrá la modalidad a través de la cual se pensionó en el Régimen de Ahorro Individual.



De la documental que demuestra el reconocimiento pensional (fls. 58 y 59 archivo digital 01Demanda.pdf), se extrae que en primera medida PORVEBIR S.A. le informa a la accionante que:

“En esta oportunidad nos complace comunicarle que su solicitud de pensión de vejez ha sido APROBADA. Este reconocimiento se realiza de manera temporal hasta la fecha en la cual la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público – OPB nos gire el valor de bono pensional”.

Sobre dicha manifestación de la AFP ninguna carga probatorio realizó la parte demandante a efectos de desvirtuar que el monto pensional no se impactará por el ingreso de un *bono pensional*, reiterando que la alta Corporación, refirió que para la procedencia de la indemnización, se debe acreditar *“si la pensión se financia con un bono pensional”*, hecho del cual hace referencia PORVENIR S.A. al reconocer la pensión, y que se encuentra en total incertidumbre ante la inexistencia de pruebas y de análisis en el dictamen pericia sobre tal aspecto.

De otra parte, la accionada aportó el reporte de semanas, señalando frente al bono pensional *“Valor de las semanas válidas para generar bono a fecha de generación del certificado: \$73,284,021”* (fl. 115 archivo digital 06ContestacionPorvenir20211126.pdf), lo cual corrobora que es factible el ingreso o afectación en la mesada de un bono.

En igual sentido, se allega el certificado que da cuenta que se reconoció la pensión bajo la *modalidad de retiro programado* y con la garantía de pensión mínima (fl. 69 archivo digital 06ContestacionPorvenir20211126.pdf). En ese orden de ideas, se tiene que la modalidad de retiro programado, como lo explicó el fallo CSJ SL3451-2022, tiene ciertas características:

“Según las elocuentes voces del artículo 81 de la Ley 100 de 1993, en el retiro programado, el afiliado o sus beneficiarios disfrutan la prestación financiada con los recursos de la cuenta de ahorro individual del propio afiliado, incluyendo el bono pensional cuando hubiere lugar al mismo y, cuya administración está en cabeza de la administradora de fondos de pensiones y, es por ello que, para determinar el valor de la mesada, año a año se calcula una anualidad que resulta de la división del saldo de los recursos de la cuenta pensional sobre «el capital necesario para financiar una unidad de renta vitalicia para el afiliado y sus beneficiarios». Hallado el capital requerido, la mesada, en principio, corresponderá a la doceava parte del mismo.

*“Valga añadir que la norma dispone que, mientras se esté en esta modalidad, el capital no puede ser inferior al requerido para financiar al afiliado y sus beneficiarios una renta vitalicia de un salario mínimo legal mensual vigente, esto con el propósito de que, si los recursos disminuyen **se traslade a la modalidad de renta vitalicia** a efectos de garantizar en el tiempo la pensión; lo que no es aplicable «cuando el capital ahorrado más el bono pensional si hubiere lugar a él, conduzcan a una pensión inferior a la mínima, y el afiliado no tenga acceso a la garantía estatal de pensión mínima».*

De tal manera, que se acredita una pensión en la modalidad de retiro programado, la cual además se señala es temporal, y por ende debía analizarse en *“la modalidad de retiro programado [...] que los recursos ahorrados para financiar la pensión son susceptibles de disminuir, lo que causaría que el valor de las mesadas pueda variar y, en ese sentido, el perjuicio aumente o disminuya”*, (supra), aspecto que se encuentra huérfano de prueba, más aún cuando no se advierte que se haya traslado a la modalidad de renta vitalicia, o que el capital ahorrado más el bono pensional conduzcan a una pensión inferior a la mínima, y el afiliado no tenga acceso a la garantía estatal de pensión mínima.

Aspectos que debían ser objeto de acreditación fehaciente por activa para demarcar el perjuicio, y que incluso en el dictamen pericial, ninguna mención se hace sobre los mismos, aportándose únicamente el reconocimiento pensional, el que se reitera, señala que el monto es temporal al estar pendiente el pago de un bono pensional, así como el certificado de PORVENIR S.A. que refiere que se accedió a la modalidad de retiro programado.

Así las cosas, se advierte que la actividad probatoria de la parte demandante, se encasilla, en términos del órgano de cierre, en *“genérica”* y solo apunta a definirse *“desde la diferencia de lo que hubieran sido las mesadas pensionales entre regímenes”*, e incluso se advierten falencias en el dictamen a efectos de establecer el valor de la mesada en el RPM, y nada se aclaró frente a la manifestación de PORVENIR S.A. al reconocer la pensión y del extracto de mesadas, que la accionante tenía derecho a un bono pensional, y por ende, el monto de la pensión reconocida era *temporal*.

Finalmente, de señalarse que el monto de la indemnización pretendida, esto es, la suma de \$1.104.801.744, corresponde a la diferencia pensional que la



perito estimó (*sin tener en cuenta hasta la última semana cotizada y sin analizar un estudio de toda la vida laboral*) en un monto de \$3.739.242,38, y que, por ende, frente a la pensión reconocida por PORVENIR S.A. (*que se aduce es provisional por encontrarse pendiente el pago de un bono pensional*), arroja una diferencia de \$2.861.439,38. Dicha suma o diferencia mensual se multiplicó por la vida probable de la accionante que se tradujo en 29.7 años de vida y por 13 mesadas anuales ($\$2.861.439,38 \times (29.7 \times 13) = \$1.104.801.744$).

Pues bien, tal monto y procedimiento dista de la manera en que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre, de vieja data ha establecido para calcular el lucro cesante consolidado y futuro, por lo cual, se reitera, el dictamen pericial no permite a la Sala formar el convencimiento de la determinación precisa y fehaciente del perjuicio, carga probatoria que le correspondía a la parte demandante.

Así las cosas, tal como lo concluyó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL2924-2023, "*no se puede hablar de un nexo causal cuando aún no se han constituido los elementos del daño. Es decir, la Sala se enfrenta a un daño que no está comprobado, más allá de la eventual negligencia del fondo en el cumplimiento de los deberes de información a su cargo*".

Finalmente, tal como se expuso en la alzada de la parte demandada, ni en los hechos de la demanda ni en las pretensiones, se deprecó el reconocimiento y pago de perjuicios morales, pues solo se pretendió el pago de la suma de \$1.104.801.744,78, y se ciñó el supuesto fáctico a la diferencia pensional y la reducción de los ingresos con relación a la mesada pensional que le correspondería en el RPM y a sus condiciones de vida, sin hacer mención alguna a las afectaciones de tipo moral. Por ende, la condena emitida en primera instancia desconoció las facultades de emitir fallos *ultra* y *extra petita*, pues desde los hechos de la demanda, debe ventilarse el litigio, a efectos de no vulnerar el debido proceso de la contraparte.

Como corolario de lo anterior, se revocará en su integridad la sentencia de primera instancia, para en su lugar absolver a PORVENIR S.A. de la totalidad de las pretensiones. **COSTAS** en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandante.



V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 10 de febrero de 2023 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **ABSOLVER** a PORVENIR S.A., de todas las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Se fijan como agencia en derecho la suma de \$750.000. Las de primera instancia a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



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

Ordinario Laboral: 1100131050 31 2021 00518 01
Demandante: LUIS FERNANDO DÍAZ VILORIA
Demandado: LA NACIÓN - MINISTERIO DE AGRICULTURA Y
DESARROLLO RURAL
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de la UGPP a la abogada TANIA ESMERALDA LÓPEZ RUBIO, identificada con cédula de ciudadanía 1.049.652.417 y T.P. 360.979 del Consejo Superior de la Judicatura, en los términos del poder conferido.

Asimismo, se aprecia que la abogada ROSA INÉS LEÓN GUEVARA, quien fungía como apoderada de LA NACIÓN - MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, allegó solicitud de renuncia de poder, la cual confrontada en su integridad, se aprecia que cumple con los postulados del artículo 76 del C.G.P., en la medida que acreditó la comunicación de renuncia con destino a su poderdante; circunstancia por la cual, se **ACEPTA** la misma.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada LA NACIÓN - MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, en contra de la sentencia proferida el 5 de junio de 2023 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor del ente ministerial, pues de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., la decisión fue adversa a sus intereses



I- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor LUIS FERNANDO DÍAZ VILORIA promovió demanda ordinaria laboral en contra de LA NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, a fin de declararse que existió un contrato de trabajo con el INSTITUTO DE MERCADEO AGROPECUARIO IDEMA por el periodo comprendido entre el 6 de enero de 1987 y el 12 de agosto de 1997, así como que ostentaba la calidad de trabajador oficial, de allí que sea beneficiario de la convención colectiva de trabajo 1996-1998.

Asimismo, se declare que el retiro se produjo por decisión unilateral e injustificada del empleador, y que su último salario ascendió a la suma de \$541.844.

Por consiguiente, se condene al ente ministerial encartado a reconocer y pagar la pensión de jubilación de carácter convencional por despido injusto, ello de conformidad con lo establecido en el artículo 98 de la convención colectiva de trabajo, prestación que deberá otorgarse a partir del 28 de abril de 2020, junto con los incrementos legales y mesadas adicionales, tomándose como último salario promedio la suma de \$541.844.

Igualmente, se condene al extremo demandado a indexar el salario promedio del último año de servicios, aplicando el IPC entre el 12 de agosto de 1997, fecha de retiro del servicio, y el 28 de abril de 2020, fecha de pensión, para un valor actualizado de \$2.120.777.

Que se condene a que sobre el salario indexado se establezca la primera mesada en un monto del 76% según lo previsto en el parágrafo II del artículo 97 de la convención, para una mesada inicial en cuantía de \$1.611.790 a partir del 28 de abril de 2020, pago de intereses moratorios, indexación, más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:



Como fundamento de sus pretensiones, indicó que laboró al extinto IDEMA por el periodo comprendido entre el 6 de enero de 1987 y el 12 de agosto de 1997, esto es, por espacio de 10 años, 7 meses y 7 días.

Que entre el IDEMA y el sindicato de trabajadores SINTRAIDEMA suscribieron una convención colectiva de trabajo vigente 1996-1998, arguyendo que a la finalización de su contrato de trabajo era beneficiario del acuerdo convencional.

Expuso que mediante oficio No. 00018 del 6 de agosto de 1997 el IDEMA dio por finalizado su contrato de trabajo sin justa causa, por lo que en su liquidación definitiva de prestaciones sociales se le reconoció y pagó la indemnización establecida en la convención en la suma de \$482.92, y que su salario promedio en el último año de servicios ascendió a la suma de \$541.844.

Que el IDEMA fue suprimido mediante Decreto 1675 del 27 de junio de 1997, siendo LA NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL quien asumiera todas las obligaciones prestacionales. Por último, mencionó que cumplió 60 años de edad el 28 de abril de 2020.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La UGPP sin ser parte del presente trámite procesal, contestó la demanda arguyendo que en atención del caudal probatorio acreditado por el demandante no se logra acreditar la calidad de trabajador que ostentaba, ni que para la data en que se dio la terminación de la relación laboral el mismo tenía derecho a lo relacionado en la convención suscrita entre el extinto IDEMA y la organización sindical SINTRAIDEMA.

Asimismo, adujo que de conformidad con lo establecido en el Decreto 1859 de 2021, como entidad asumió la asunción pensional del extinto IDEMA.

Formuló como medios exceptivos los denominados imposibilidad de aplicar una convención colectiva de trabajo cuyos efectos jurídicos han cesado parcialmente por mandato constitucional.



En proveído calendarado el 11 de marzo de 2022, el Juzgado *a-quo* tuvo por no contestada la demanda por parte de LA NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, disponiendo a su vez la vinculación y notificación por conducta concluyente de la UGPP ante su comparecencia, de allí que tuviese por contestada la demanda (PDF 15 TIENE NO CONTESTADA DEMANDA FIJA FECHA AUDIENCIA).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 5 de junio de 2023, condenó a LA NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, a reconocer y pagar a favor del demandante una pensión convencional a partir del 28 de abril de 2020, tomando como valor de la mesada pensional para el año 2020 la suma de \$1.611.802, año 2021 \$1.637.752, año 2022 \$1.729.793, año 2023 \$1.956.742, para un monto total de retroactivo pensional liquidado entre el 28 de abril de 2020 y el 31 de mayo de 2023 en la suma de \$73.154.826.

Igualmente, condenó al ente ministerial reconocer y pagar intereses moratorios a la tasa máxima más alta vigente sobre el valor de las mesadas pensionales adeudadas y no canceladas a partir del 15 de junio de 2021, absolviendo a la UGPP de cualquier pretensión.

Para arribar a dicha conclusión, indicó inicialmente aparecer copia de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el IDEMA y la organización sindical SINTRAIDEMA, texto convencional vigente para los años 1996-1998 y que goza de la constancia de depósito.

Que como da cuenta el artículo primero de la convención colectiva de trabajo, resulta ser claro que se trata de un sindicato mayoritario, el cual se aplica a la totalidad de los trabajadores que se encontraban vinculados al extinto IDEMA, salvo que los mismos expresamente renunciaran a los beneficios convencionales, aunado a que el actor probó haber prestado sus servicios en esa entidad, siendo así beneficiario de la prerrogativa convencional deprecada, aspecto que se acompasa con el artículo 125 del texto convencional.



Seguidamente, adujo la operadora de instancia que teniendo en cuenta el artículo 98 de la convención colectiva de trabajo 1996-1998 atinente al requisito pensional solicitado por el demandante, indicó que el actor (i) fue despedido por una causal legal, pero no justa, (ii) laboró 3.817 días, esto es, por espacio superior a 10 años y, (iii) acreditó 60 años de edad el 28 de abril de 2020, requisito último que es únicamente para el disfrute de la prestación como así lo ha dejado por sentado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por lo que al haberse retirado el actor en el año de 1997, ya había dejado causado el derecho a la pensión invocada, aspectos todos que conllevaron a que concluyera que el señor LUIS FERNANDO DÍAZ VILORIA le asiste derecho al pago de la pensión de carácter convencional.

Adujo que, según las pruebas acreditadas en juicio, el último salario para efectos de liquidar la pensión convencional es la suma de \$541.844, valor que indexado al año 2020 arroja un monto de \$2.120.792, a la cual debe aplicársele una tasa de reemplazo del 76% según los apremios del artículo 97 convencional, arrojando para la anualidad 2020 una mesada pensional de \$1.611.802, año 2021 \$1.637.752, año 2022 \$1.729.793, año 2023 \$1.956.742.

Frente al responsable del pago de la pensión, refirió que el Decreto 1859 de 2021 determinó en las competencias de la UGPP que las pensiones de esta índole serían de su responsabilidad con posterioridad al 30 de noviembre de 2021 y, con anterioridad a dicha data, estarían a cargo de LA NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL; circunstancia por la cual, concluyó que al cumplir el demandante la edad pensional el 28 de abril de 2020, la prestación se encuentra a cargo del ente ministerial y sobre 14 mesadas pensionales al año como quiera que los requisitos prestacionales se causaron con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.

En lo que concierne al pago de intereses moratorios, expuso que conforme el criterio del órgano de cierre, estos rubros proceden sin importar la naturaleza jurídica de la pensión que se reconozca pues obedece a un criterio resarcitorio y no condenatorio, por lo impuso condena a partir del 15 de junio de 2021.

Adujo que la pensión reconocida era de carácter compartible con la que reconozca el ISS, por lo que a LA NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y



DESARROLLO RURAL le queda a cargo únicamente el mayor valor existente entre la pensión reconocida por COLPENSIONES.

En últimas, determinó como retroactivo pensional a razón de 14 mesadas pensionales al año por el periodo comprendido entre el 28 de abril de 2020 y el 31 de mayo de 2023 la suma de \$73.154.826, absolviendo a su vez a la UGPP sobre alguna condena ante la falta de responsabilidad.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión LA NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL la apeló. Argumentó en su alzada existir una indebida aplicación del Decreto 1859 de 2021, ya que es claro en el artículo 2.2.10.46.1 que habla acerca de la asunción de competencia, así como que el artículo 2.2.10.46.8 de narra acerca de la defensa judicial, por lo que los procesos judiciales que fueron notificados con posterioridad al mes de diciembre de 2021, es también obligación de la UGPP asumir la responsabilidad de reconocer y pagar la nómina de pensionados de los trabajadores del extinto IDEMA, como es el caso del aquí demandante.

De otro lado, argumentó que la convención colectiva de trabajo no establece una tasa de reemplazo, ya que la tasa del 76% se establece pero únicamente para las pensiones plenas, es decir, para aquellas personas que laboraron 20 años o más de servicios al extinto IDEMA, tan es así que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha referido que se debe acudir a lo establecido en el artículo 8º de la Ley 161 de 1971, el cual relata que la tasa de reemplazo debe aplicarse de acuerdo al tiempo proporcional laborado.

Que, respecto de los intereses moratorios, la Corte ha sido enfática en disponer que no operan para las pensiones extralegales, sino únicamente para las pensiones de carácter legal, tópico que conlleva a la absolución de esta figura.

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 los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, habrá de auscultarse si al promotor de la litis le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de carácter convencional contenida en el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo vigente para los años 1994 -1996.

De resultar próspero el anterior aspecto, se establecerá si la prestación se vio afectada por el Acto Legislativo 01 de 2005, así como si goza de prosperidad el pago de los intereses moratorios reglados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

c. Del análisis del caso en concreto:

Previo al análisis de fondo del asunto que aquí ocupa a la Sala, sea lo primero indicar que no fueron objeto de reproche los siguientes aspectos:

(i) Que el demandante nació el 28 de abril de 1960 como da cuenta la copia de la cédula de ciudadanía (Fl. 8 – PDF 04 ANEXOS).

(ii) Que el demandante laboró al servicio del extinto IDEMA por el periodo comprendido entre el 6 de enero de 1987 y el 6 de agosto de 1997, calenda última en que finalizó su contrato de trabajo según se constata del acta de posesión No. 006 del 6 de enero de 1987, la carta emitida por el IDEMA en la misma calda y el documento denominación del cargo, ubicación y funciones que da cuenta que ostentó la calidad de trabajador oficial (Fls. 2 a 5 – PDF 04 ANEXOS).

d. De la pensión de carácter convencional:

Ahora bien, el promotor de la litis, como ya se refirió, pretende que se le reconozca y pague la pensión regulada en el artículo 98 de la Convención



Colectiva de Trabajo de 1994 -1996 que se suscribiera entre el extinto IDEMA y el Sindicato SINTRAIDEMA, al considerar que cumple con los requisitos allí contenidos.

Para desatar el problema jurídico establecido, es necesario traer a colación lo establecido en el art. 469 del CST:

“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.”

Es así que, al revisar el plenario, se aprecia que la Convención Colectiva de Trabajo aportada (Fls. 1 a 62 – PDF 03 PRUEBAS), fue la celebrada por el IDEMA y SINTRAIDEMA, vigente para 1994-1996, la cual contiene la constancia de depósitos y en consecuencia es fuente de derechos, además por cumplir con los presupuestos del artículo 467 del C.S.T.

En tal sentido, el artículo 98 Convencional regula la pensión en caso de despido injusto, que dispone:

“El trabajador oficial vinculado por contrato de trabajo, que sea despedido sin justa causa después de haber laborado más de diez (10) años y menos de quince (15) continuos o discontinuos en el IDEMA, tendrá derecho a la pensión desde la fecha del despido injusto, si para entonces tiene sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad, con posterioridad al despido.”

De la citada disposición convencional se extrae que dos son los requisitos para acceder a la pensión de jubilación que se pretende: (i) haber laborado más de 10 años y menos de 15 años continuos o discontinuos en el IDEMA y, (ii) haber sido despedido de manera injusta.

Al respecto se tiene que, como ya se hizo mención, obra el Acta de posesión No. 006 del 6 de enero de 1987, además de la carta emitida por el extinto IDEMA fechada el 6 de agosto de 1997, que dan cuenta que el actor laboró al servicio del extinto IDEMA por el periodo comprendido entre el 6 de enero de 1987 y el 6 de agosto de 1997, esto es, por espacio de 10 años, 7 meses y 1 día, finiquito que,



como se advierte de la misma carta, fue a razón de una decisión unilateral, cumpliéndose así el primero de los requisitos que es el tiempo laborado.

Bajo este escenario, la Sala puntualiza que según lo expuso la *a-quo*, claro resulta que la finalización del contrato de trabajo del demandante culminó con ocasión a la liquidación del extinto IDEMA, tópico que ha regulado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en casos similares, siendo uno de ellos el referido en la sentencia SL5183-2019, Radicación No. 68972 del 27 de noviembre de 2019, en el que reseñó que el finiquito laboral es una causal legal pero no justa, así lo refirió:

“[...] esta Sala de la Corte, de manera reiterada ha sostenido, que si bien la terminación del contrato laboral de los trabajadores oficiales con ocasión a la clausura o liquidación de la entidad, como consecuencia de una orden del legislador es legal, no implica que la desvinculación del trabajador esté amparada en una justa causa, pues tal motivo no está contemplado dentro de las causales establecidas por el artículo 48 y 49 del Decreto 2127 de 1945”.

Así pues, se acreditó el segundo de los requisitos para lograr la pensión que se pretende, siendo la edad un requisito tópico aplicable para la exigibilidad de la prestación, posición que fue igualmente expuesta en la precitada providencia y en la sentencia SL3150-2019, incluso en otras como lo son la SL4538-2018, Radicación No. 55317 del 10 de octubre de 2018, SL4473-2021, Radicación No. 81387 del 28 de febrero de 2021, SL060-2022, Radicación No. 82717 del 24 de enero de 2022; circunstancia por la cual, como ha manifestado la Alta Corporación, tampoco es viable afirmar que dicha Convención Colectiva de Trabajo solo produjo efectos jurídicos hasta la fecha de liquidación de la entidad, pues en el presente caso la pensión se causó el 28 de abril de 2020, calenda última en que el actor cumplió 60 años de edad.

Así las cosas, en efecto le asiste derecho al demandante al reconocimiento y pago de la pensión bajo estudio, advirtiéndose que el monto fulminado en primera instancia luce acertado, pues aplicó una tasa de reemplazo del 76% conforme lo dispone el Parágrafo 2º del artículo 97 de la convención que reza: *“El valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación será el equivalente al setenta y seis por ciento (76%) del promedio del salario percibido por el Trabajador durante el*



último año de servicio”, junto con el último salario devengado por el actor en el último año de servicios teniendo en cuenta los factores de que trata el artículo 124 convencional, salario que se corrobora según la liquidación de prestaciones sociales que le fuese expedida al actor el 9 de mayo de 1997 fue en valor de 541.844, el cual, luego de ser indexado al año 2020 asciende a la suma de \$2.120.792, que al aplicársele una tasa de reemplazo del 76%, es por lo que a la mentada anualidad 2020 arroja como primera mesada pensional la suma de \$1.611.802, calenda que se itera, fue cuando se hizo exigible el derecho ya que el señor LUIS FERNANDO DÍAZ VILORIA cumplió 60 años de edad el 28 de abril de 2020.

Por otro lado, como lo afirmó la operadora de instancia, el derecho pensional convencional no se vio afectado por lo dispuesto por el Acto Legislativo 01 de 2005, toda vez que el demandante cumplió los requisitos de causación, como se vio, el 6 de agosto de 1997, teniendo en cuenta el tiempo de servicios y la modalidad del despido, razón por la que se concluye que a la fecha de vigencia de la reforma constitucional, esto es, el 29 de julio de 2005, el actor tenía un derecho adquirido que debe ser respetado tal como lo contempla la norma constitucional objeto de estudio, situación por la que se confirmará la decisión bajo estudio en lo referente al reconocimiento de las 14 mesadas anuales, toda vez que al cumplirse con los presupuestos antes de la entrada en vigencia del referido Acto legislativo, ciertamente no se afectó por este y sus restricciones.

Frente a los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sea lo primero indicar que, en tratándose de pago de intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la Corte en sentencia SL3405-2021, Radicación No. 79723 del 27 de julio de 2021, fue específica sobre las situaciones de su aplicabilidad, al respecto señaló:

“Ahora, aun cuando la Sala entendiera que al confirmar la decisión de primer grado avaló la imposición de los mencionados réditos, lo cierto es que resultarían procedentes conforme a lo que se explica a continuación:

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 dispuso que:

A partir del 1o. de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe



de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago.

Tales réditos tienen una naturaleza resarcitoria y no propiamente sancionatoria, dado que buscan subsanar económicamente al acreedor por la mora del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones. Dicho, en otros términos, corresponden a una compensación encaminada a aminorar los efectos adversos que produce la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones (CSJ SL13388-2014 y CSJ SL7893-2015).

En tal dirección, se ha precisado que se deben imponer al margen de la buena o mala fe en que haya incurrido la administradora, siempre que se demuestre el retardo injustificado por parte del obligado.

*Además, la jurisprudencia ha establecido una serie de eventos en los que se exceptúa su pago. En efecto, la Sala ha puntualizado algunas circunstancias en las que se releva el pago de los intereses moratorios, entre estas, **cuando se niega la pensión con apego minucioso a la ley vigente o cuando la prestación se otorga en virtud de un cambio jurisprudencial**, dado que la entidad obligada no podía prever el nuevo entendimiento o interpretación dada a la norma que regula el derecho pensional (CSJ SL5079-2018, reiterada en CSJ SL4103-2019 y CSJ SL1346 de 2020)."*

Al unísono, a criterio de la Sala no goza de prosperidad esta condena, como quiera que en el asunto de marras palmario resulta que la pensión convencional aquí reconocida surge con ocasión de la interpretación que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha llevado a cabo sobre lo pertinente, especialmente lo que gravita en torno a la concesión de este derecho con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que habrá de revocarse la decisión de primer grado frente a este puntualísimo aspecto.

Es así, que el demandante deberá recibir por concepto de retroactivo por el periodo comprendido entre el 28 de abril de 2020 y el 29 de febrero de 2024 la suma de \$67.338.330.20, valor que deberá ser indexado al momento en que se efectúe el correspondiente pago, autorizando que sobre el mismo se efectúen los descuentos en salud, ello en atención de la siguiente tabla:

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	N°. Mesadas	Subtotal
28/04/20	31/12/20	3,80%	\$ 1.611.802,00	10,10	\$ 16.279.200,2
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 1.637.752,00	14,00	\$ 22.928.528,0
01/01/22	31/12/22	5,62%	\$ 1.729.794,00	14,00	\$ 24.217.116,0
01/01/23	29/02/24	13,12%	\$ 1.956.743,00	2,00	\$ 3.913.486,0
Total retroactivo					\$ 67.338.330,20

Debido a lo expuesto en precedencia, la decisión de primer grado sobre este aspecto deberá ser adicionado y modificado parcialmente, pues de una parte el retroactivo a pagar a la fecha es superior y, de otra, nada se advirtió acerca de la autorización de los descuentos en salud.

También se pone de presente que no se formuló la excepción de prescripción por la UGPP, entidad vinculada al trámite procesal, máxime si a LA NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL se le tuvo por no contestada la demanda.

Se advierte igualmente que la prestación aquí reconocida tiene el carácter de compatible con la pensión de orden legal que eventualmente le llegare a ser reconocida, ello por cuanto dicho efecto legal se habilitó respecto de las pensiones extralegales de conformidad con el Acuerdo 029 de 1985, norma que después se reprodujo en el Acuerdo 049 de 1990, por lo que, para todos los efectos legales, se autoriza que en caso de que el demandante disfrute de una pensión de orden legal, sólo se proceda a reconocer el mayor valor a que hubiere lugar entre las dos pensiones e igualmente a descontar los valores que corresponda en su caso.

e. De la responsabilidad para el pago de la pensión convencional:

Como ya se puntualizó, en primera instancia se dispuso el pago de la prestación a cargo de LA NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, último quien alude en el recurso de alzada que tal pago es responsabilidad de la UGPP, la cual asumió tal carga del extinto IDEMA como así lo reguló el Decreto 1859 de 2021.



Al respecto, resulta pertinente lo establecido en el CAPÍTULO 6 – ASUNCIÓN DE LA FUNCIÓN PENSIONAL DEL INSTITUTO DE MERCADEO AGROPECUARIO – IDEMA, artículo 2.2.10.46.1., *“Por el cual se adiciona el Capítulo 46 al Título 10 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1833 del 10 de noviembre de 2016 en relación con las reglas para la asunción de la función pensional del liquidado Instituto de Mercadeo Agropecuario – IDEMA, por parte de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP y el pago a través del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional – FOPEP”*, que dispone:

“ARTÍCULO 2.2.10.46.1. Asunción de Competencias. *A más tardar el 30 de diciembre de 2021, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP asumirá la función pensional y la administración de la nómina de los pensionados del liquidado Instituto de Mercadeo Agropecuario - IDEMA. Para el efecto, en la indicada fecha la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP deberá recibir la información correspondiente, y en el mes siguiente, el Fondo Pensiones Públicas del Nivel Nacional - FOPEP efectuará el pago de la respectiva nómina.*

El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural entregará un archivo plano con todos los datos necesarios que contenga la nómina de pensionados y los pagos de carácter pensional realizados, al administrador del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional - FOPEP, con antelación a la fecha en que se autorice el traslado por parte del Consejo Asesor al Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional - FOPEP y una vez se haya aprobado el correspondiente cálculo actuarial. Para los anteriores efectos, se levantará un acta de entrega que deberá ser firmada por las entidades antes del traspaso al Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional - FOPEP. Dichos archivos deberán ser actualizados para la fecha en la cual se inicien los pagos por parte del Fondo.

PARÁGRAFO 1. *Sin perjuicio de la competencia señalada en el presente artículo, quedará a cargo del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural la administración y pago de las mesadas pensionales de aquellas personas cuyos derechos se encuentren reconocidos antes del traslado de la función pensional a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP y que sean rechazados posteriormente para el pago a través el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional - FOPEP por incompatibilidad pensional o por diferencias en el valor de la mesada previamente definida en el valor del cálculo actuarial aprobado.*

En estos eventos, hasta tanto el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural no proceda a la elaboración del cálculo actuarial y el mismo sea aprobado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la prestación no podrá ser pagada por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional - FOPEP ni administrada por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y



Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, siendo responsabilidad del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural la continuidad del pago de la prestación o el inicio de las acciones legales de haber lugar a ello.

PARÁGRAFO 2. *Corresponde al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural el pago de las obligaciones pensionales, intereses, costas y agencias en derecho originadas en providencias judiciales pendientes de cumplimiento que hayan adquirido ejecutoria hasta el 30 de noviembre de 2021. El cumplimiento de las providencias judiciales que ordenen el reconocimiento de las obligaciones citadas anteriormente y cuya ejecutoria se surta después del 30 de noviembre de 2021, estará a cargo de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP y su pago se efectuará a través del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional - FOPEP.*

Cuando se trate de providencias judiciales que ordenen el reconocimiento y pago de pensiones por despido injusto o retiro voluntario, la competencia para su cumplimiento estará determinada en razón a la fecha en que se cause la edad de Jubilación. Para las causadas con anterioridad al 30 de noviembre de 2021 corresponderá al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, y, para las causadas con posterioridad a dicha fecha, la competencia será de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP. (subrayado por la Sala).

Como se advierte de la lectura del decreto en mención, especialmente del inciso final del Parágrafo 2º, en tratándose de providencias judiciales que ordenen el reconocimiento y pago de pensiones por despido injusto, como es el caso del actor en la medida que según se esbozó a lo largo de estas consideraciones, el extinto IDEMA finalizó de forma unilateral el contrato de trabajo del demandante, lo que se convierte en una causal legal pero no justa, constituyéndose así la injusticia del despido; circunstancia por la cual, el pago de la pensión aquí reconocida debe ser asumida por LA NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, toda vez que el actor causó su derecho prestacional con anterioridad al 30 de noviembre de 2021, más exactamente el 28 de abril de 2020, lo que conduce a confirmar este puntualísimo aspecto respecto de la decisión de primer grado.

COSTAS en esta instancia correrán a cargo de LA NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, en virtud a que su recurso de alzada no gozó con vocación de prosperidad.

V. DECISIÓN:



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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR y **MODIFICAR** el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a LA NACIÓN - MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL a pagar al aquí demandante señor LUIS FERNANDO DÍAZ VILORIA el retroactivo de la pensión convencional de jubilación por ser empleado del extinto IDEMA, por el periodo comprendido entre el 28 de abril de 2020 y el 29 de febrero de 2024 en la suma de \$67.338.330.20, monto que deberá ser indexado al momento en que se produzca su pago y sin perjuicio de las mesadas que se causen con posterioridad. Igualmente, sobre dicho valor se **AUTORIZA** al ente ministerial que efectúe los correspondientes descuentos en salud, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral segundo para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada LA NACIÓN - MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL de la condena impuesta en primera instancia con relación al pago de los intereses moratorios regulados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

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

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de LA NACIÓN - MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL y a favor del demandante. Fíjense como valor de agencias en derecho la suma de \$1.000.000, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



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

Ordinario Laboral 1100131050 32 2022 00284 01
Demandante: NELSON GERMAN SEGURA GARZÓN
Demandados: COLPENSIONES, SKANDIA PENSIONES Y
 CESANTÍAS S.A., PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero dos mil veinticuatro (2024).

AUTO:

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLFONDOS S.A., SKANDIA S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 7 de diciembre de 2023 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:



El señor NELSON GERMAN SEGURA GARZÓN promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, SKANDIA S.A., PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A., a fin de declararse la nulidad o ineficacia de la afiliación por medio de la cual se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de los fondos privados convocados a juicio, y su consecuente retorno al Régimen de Prima Media.

Como consecuencia de la anterior declaración, pretende se condene a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de su vinculación a ese fondo, tales como, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que hayan causado. A su vez, solicita se ordene a COLPENSIONES que lo reciba y afilie en el régimen que administra sin solución de continuidad, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra* petita y a las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 18 de mayo de 1962 y que estuvo afiliado y realizó cotizaciones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el 1º de septiembre de 1980 hasta el 30 de diciembre de 1994. Igualmente, relata que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. el 2 de diciembre de 1994, sin la debida asesoría o explicación que le conllevaría el cambio de régimen, sus ventajas y desventajas, consecuencias, características y condiciones para acceder a las prestaciones de vejez en el RPMPD y en el RAIS, es decir, que no le ofreció información necesaria, completa, eficiente, suficiente, eficaz, cierta, oportuna y comprensible sobre el cambio de régimen, agregando que tampoco realizó una proyección de su mesada en ambos escenarios pensionales.

A continuación, expuso que las demandas SKANDIA S.A. y COLFONDOS S.A. incurrieron en las mismas omisiones del fondo primigenio al momento de afiliarse a esas administradoras de pensiones el 31 de mayo de 2001 y el 27 de octubre de 2004, respectivamente; y, además, no le informaron de la



conveniencia de regresar al RPMPD. Finalmente, sostuvo que solicitó a COLPENSIONES el 5 de julio de 2022 su traslado al régimen que administra. (archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones del libelo introductorio, aduciendo que en el presente caso no han existido circunstancias que hayan viciado el consentimiento del demandante al momento de suscribir el contrato de administración de pensiones obligatorias con los fondos de pensiones demandados, ya que el traslado se realizó manera voluntaria y consciente de acuerdo a los parámetros establecidos en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Propuso como excepciones de fondo las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica. (f. 3 a 42 archivo 06).

SKANDIA S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que el 31 de mayo de 2001 el gestor suscribió formulario de afiliación a ese fondo como traslado de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., vínculo que se mantuvo vigente hasta el 30 de noviembre de 2004. De otra parte, refirió que la selección de régimen pensional es libre y voluntaria por parte del afiliado, por ende, al seleccionar el RAIS aceptó todas y cada una de las condiciones propias de dicho régimen conforme lo dispone la Ley 100 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios, así las cosas, la decisión del traslado de régimen es una decisión legal amparada por la buena fe del fondo y del promotor y goza de efectividad en aras de crear una seguridad jurídica para las partes, lo cual no



puede derrumbarse cuando el actor a portas de adquirir su derecho pensional decide trasladarse.

Como excepciones propuso las de 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, 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 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 el demandante, prescripción de la acción, prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro – gastos de administración, buena fe y la genérica. (f. 3 a 22 archivo 10)

PORVENIR S.A. al contestar se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando que el traslado a ese fondo goza de completa validez, dado que se informó al demandante acerca de las características que componían al RAIS y el RPM, para que este tomara una decisión libre y voluntaria acerca del traslado efectuado. Además, expuso que de las documentales aportadas no se logra evidenciar soporte alguno que permita acreditar la existencia de error, fuerza o dolo, toda vez que era plenamente consciente del funcionamiento, características, ventajas y desventajas del RAIS.

Formuló como excepciones las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (f. 2 a 35 archivo 11).

COLFONDOS S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones del *petitum*, arguyendo que si brindó al promotor una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, además, lo asesoró acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPMPD, las ventajas y desventajas y el derecho de rentabilidad que producen los aportes en el primero, por lo que no existe prueba del vicio en el consentimiento alegado.



Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios en el consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago. (f. 4 a 25 archivo 13).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 7 de diciembre de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por el demandante NELSON GERMAN SEGURA GARZÓN a través de la AFP COLPATRIA, hoy en día PORVENIR S.A., de fecha 02 de diciembre de 1994, así como sus posteriores traslados entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

TERCERO: CONDENAR a la demandada PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante por concepto de cotizaciones y rendimientos. Asimismo, deberá trasladar las sumas descontadas por concepto de gastos de administración, seguros previsionales y sumas destinadas al fondo de garantía de pensión mínima, en proporción al tiempo en que el demandante ha estado afiliado a esta administradora debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de efectuarse el traslado deberá suministrarse la información que justifique cada uno de los aportes, tales como periodos de cotización, ingreso base de cotización que justifiquen cada uno de los montos trasladados.

CUARTO: CONDENAR a las demandadas COLFONDOS S.A. y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES las sumas que hayan descontado por concepto de gastos de administración y seguros previsionales de los aportes efectuados por el demandante durante su afiliación a estas administradoras, sumas que deberán trasladarse debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos.

QUINTO: ORDENAR a la demandada COLPENSIONES a recibir al demandante NELSON GERMAN SEGURA GARZÓN como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de



continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliado al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz. Para el efecto COLPENSIONES deberá actualizar la Historia Laboral del demandante incluyendo los tiempos cotizados a través de las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

SEXO: CONDENAR en costas a la demandada PORVENIR S.A. y a favor del demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos (02) smlmv. Sin costas respecto de las restantes codemandadas.

SÉPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión, y en lo desfavorable a la demandada COLPENSIONES, remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta.”

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

De otro lado, acotó que no puede olvidarse que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el deber de información respecto de los posibles afiliados está a cargo de los fondos privados, deber que existe desde la creación de los mismos, además en esas administradoras recae la carga de la prueba; de la misma forma sostuvo que la información debe contener los aspectos favorables y desfavorables del cambio de régimen, y tal consentimiento informado no se prueba con la suscripción del formulario de afiliación, además señaló que no es necesario que el afiliado demuestre estar en régimen de transición, estar próximo a causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación así mismo que la declaratoria de la ineficacia no prescribe.

Al referirse a las pruebas obrantes en el trámite procesal y el interrogatorio de parte que depuso el promotor, estimó que no confesó habersele brindado



información clara, suficiente y oportuna sobre la naturaleza de cada uno de los regímenes pensionales, las características y diferencias entre uno y otro, toda vez que nunca fue asesorado. En esa medida, declaró la ineficacia del traslado de régimen efectuado por el demandante; con su consecuente afiliación a COLPENSIONES y la devolución a esa administradora de los recursos que obran en la cuenta de ahorros de éste, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a PORVENIR S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

COLFONDOS S.A. interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida. Al respecto, adujo que en el presente asunto no es viable ordenar la entrega de gastos de administración, en tanto el demandante no se vio afectado por el cobro de este concepto, el que además, también se causa en el Régimen de Prima Media, e incluye la cobertura de los riesgos de invalidez y muerte.

Añadió que los gastos de administración según la línea jurisprudencial trazada por la Corte Suprema Justicia protegen a los afiliados en cualquiera de los regímenes, y ese porcentaje no se destina a financiar la pensión, aunado a que no ingresan al patrimonio del afiliado, sino de COLPENSIONES. De otro lado, expuso sobre las primas de seguros previsionales, que son rubros que no se encuentran en su poder ya que los transfirió a las aseguradoras, la cual asumió el riesgo en vigencia de la afiliación del promotor a ese fondo, es decir, que se trata de un contrato que fue debidamente ejecutado y cuyos efectos no se puede retrotraer como consecuencia de la ineficacia. Sobre la condena por indexación refirió que actuó de buena fe, por lo que solicita se le exonere de tales condenas.

COLPENSIONES en su alzada señala que el promotor se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado, y la negligencia debe ser asumida por el fondo que no advirtió de tal prohibición, y por los demás fondos que omitieron la debida información al momento del traslado, adicionalmente, el accionante con su permanencia durante tantos años en esas administradoras deja ver su preferencia por el RAIS, por lo que solicita se revoque la condena de instancia.



SKANDIA S.A. en su impugnación solicita se revoquen las condenas por gastos de administración y seguros previsionales debidamente indexados, ya que fueron descontados conforme lo dispone el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, y les dio el uso específico para el cual fueron destinados, prueba de ello son los rendimientos que se causaron durante el tiempo de permanencia del demandante a ese fondo. Además, la ineficacia debe tener en cuenta principios constitucionales de equidad y justicia, por lo que se debe aplicar la teoría de las restituciones mutuas y la buena, ya que se debe reconocer la gestión que llevo a cabo, pues de otro modo, se genera un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES.

En cuanto a los seguros previsionales, señaló que el actor estuvo cubierto a través una aseguradora y que tales rubros no se encuentran en sus arcas, además, tal condena le causa un deterioro a su patrimonio, pues desconoce su gestión. En otro giro, solicita que en caso de confirmarse la condena por tales conceptos no se le condene al pago de la indexación, pues la misma se compensa con los rendimientos que se ordenan devolver, tal como los han sostenido los Tribunales de Medellín y Cali.

PORVENIR S.A. en su apelación, manifiesta su inconformidad frente a la orden de devolver los aportes al fondo de garantía de pensión mínima con cargo a los propios recursos, dado que los efectos de la ineficacia del traslado, conllevan a una sanción injustificada que no guarda correspondencia con los efectos jurídicos de la ineficacia, y menos con las restituciones que de ello pueda derivarse, lo cual se acompasa con el entendimiento dado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en consulta de 3 de agosto de 2022 con No. 2020-62, en la que se dijo que lo relevante es cerciorarse que en el régimen pensional en que se encuentra el cotizante estén también sus aportes previsionales, en consecuencia si aquel opta por un cambio de régimen, lo propio debe ocurrirle a los aportes sin salvedad, ni excepción alguna, de modo que no trasladar los rubros objeto de disenso no vulnera el principio de sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones.

Respecto a la orden de devolver los gastos de administración y seguros previsionales de forma indexada, indica que tal indexación no tiene razón de ser al haberse ordenado la devolución de los rendimientos del capital que se



encuentra en la cuenta de ahorro individual del demandante, pues los mismos compensan la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, como lo ha sostenido el Tribunal Superior de Cundinamarca. Frente a las agencias en derecho, señala que al revocarse la condena no tiene procedencia la misma.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al



Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación por medio del cual el demandante se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. el 2 de diciembre de 1994, a SKANDIA el 31 de mayo de 2001, a COLFONDOS S.A. el 27 de octubre de 2004 y a PORVENIR S.A. el 19 de octubre de 2011; vinculaciones que se hicieron efectivas según el reporte SIAFP, el 1º de enero de 1995, 1º de julio de 2001, 1º de diciembre de 2004 y el 1º de diciembre de 2011, respectivamente, según el citado reporte. (f. 128 a 131 archivo 03 y f. 75 archivo 11)

Formularios de los que huelga decir que, si bien refiere que la decisión se adopta de manera libre y voluntaria, no acreditan que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.*



Por otra parte, el demandante NELSON GERMAN SEGURA GARZÓN en el interrogatorio de parte a él practicado, señaló que su traslado a COLPATRIA se dio por una convocatoria que realizó el área de Recursos Humanos de la firma donde laboraba, a la que asistieron entre treinta y cuarenta personas y en la que un asesor de ese fondo les habló de la crisis que atravesaba el ISS, además les dijo que se podían pensionar de manera anticipada, que podían hacer aportes voluntarios y recibirían rendimientos; a su vez, indicó que no tuvo la oportunidad de hacer preguntas porque la presentación fue muy general, y que por esos argumentos firmó el formulario de afiliación.

Igualmente, manifestó que en la época de la pandemia fue citado por el fondo para ofrecerle una pensión anticipada, la cual no se acompañaba con el valor de sus aportes. Frente a sus traslados a SKANDIA y COLFONDOS y PORVENIR dijo que se dieron en tanto fueron citados a reuniones con asesores y siempre se dio por que ofrecían mejores rendimientos; finalmente, que su inconformidad se sustenta en que no le explicaron las desventajas que el traslado le acarrearía.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. al momento del traslado del demandante, según lo adocinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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



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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 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 COLPATRIA hoy 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 debe memorar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, ha señalado al respecto:

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

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

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

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

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

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



Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha expuesto 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 Casación 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, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

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

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

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

En lo atinente a la inconformidad que presenta PORVENIR S.A. respecto a la condena en costas, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por



remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, o la que se resuelva de forma desfavorable la apelación, luego, al haber sido evidente que esa accionada se opuso a las pretensiones de la demanda, presentó excepciones y la apelación le fue resuelta desfavorablemente, siendo claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas en contra de esa encartada. Al tema, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

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

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

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

“Por ello se procederá a Condenar a Old Mutual SA hoy Skandia, a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Paralelamente, se ordenará a Porvenir SA devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con



sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Postura que reitera lo expuesto previamente sobre el particular por esa Alta Corporación entre otras, en sentencia SL5047-2021, Radicación No. 83777 del 25 de octubre del 2021 en la que se había indicado lo siguiente:

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

De lo anterior, dimana con claridad que no erró el *a-quo* en la decisión de declarar la ineficacia del traslado. Sin embargo, estima la Sala necesario adicionar el numeral cuarto de la sentencia de primer grado, en el sentido de condenar a SKANDIA S.A. y a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES, además de los conceptos allí indicados, los rubros descontados con destino al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que igualmente deben ser indexadas al momento de su pago. En lo demás, habrá de confirmarse la sentencia de instancia.

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral cuarto de la sentencia proferida el 7 de diciembre de 2023 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a SKANDIA S.A. y a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES, además de los conceptos allí indicados, los rubros



descontados con destino al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que igualmente deben ser indexadas al momento de su pago, conforme lo expuesto en la parte considerativa del presente proveído.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado
ACLARO VOTO

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

PROCESO ORDINARIO LABORAL No 32 2022 00284 01 DE NELSON GERMAN SEGURA GARZÓN contra COLPENSIONES, SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 29 de febrero de los corrientes.

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

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

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

Ordinario Laboral 1100131050 33 2020 00192 01
Demandante: JACQUELINE SZAPIRO CHALEM
Demandados: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES al abogado JUAN PABLO MELO ZAPATA, identificado con cédula de ciudadanía 1.030.551.950 y T.P. 268.106 del C. S. de la Judicatura.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, en contra de la sentencia proferida el 25 de enero de 2024 por el Juzgado Doce 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 JACQUELINE SZAPIRO CHALEM promovió demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin de declararse la ineficacia y/o afiliación en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuada el 5 de



septiembre de 1996 por intermedio de la referida AFP PORVENIR S.A., encontrándose legalmente afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Igualmente, se declare que le asiste derecho a que COLPENSIONES le reconozca pensión de vejez en los términos de que trata la Ley 797 de 2003, sobre un valor superior a \$2.800.000 para la fecha en que acredite los requisitos prestacionales.

Por consiguiente, se le condene a PORVENIR S.A. registrar en sus sistemas de información que no efectuó ninguna afiliación, vinculación y/o traslado válido al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ante la falta de consentimiento informado como consecuencia de la indebida, incompleta y engañosa información suministrada al momento de la afiliación, así como que se le condene a COLPENSIONES registrar y activar la afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Que se le condene a PORVENIR S.A. devolver con destino a COLPENSIONES la totalidad del dinero que exista en su cuenta de ahorro individual, incluyendo los aportes pensionales, rendimientos financieros, bonos pensionales, comisiones y gastos de administración, ordenando a su vez a COLPENSIONES a que actualice su historia laboral.

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

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 9 de marzo de 1964, afiliándose al extinto ISS el 11 de septiembre de 1984.

Que el 5 de septiembre de 1996 se trasladó de régimen pensional con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PORVENIR S.A., sin que el promotor de dicha AFP hubiese cumplido con el deber de información y asesoría, de allí que se hubiese traslado sin un consentimiento debidamente informado y confiando en lo dicho por el asesor.



Expuso que no se le explicó sobre el derecho de retracto, diferencias entre ambos regímenes pensionales, ventajas y desventajas sobre los mismos, no se le efectuó una proyección pensional, la posibilidad de trasladarse entre regímenes en los términos dispuestos en la Ley 797 de 2003, entre otros aspectos de desinformación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. contestó la demanda argumentando que el traslado de régimen pensional ante sus dependencias fue completamente válido, por cuanto esta brindó una información pertinente y necesaria. Además, indicó que solo hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, las administradoras de fondos de pensiones adquirieron en su cabeza la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público en general.

De hecho, la obligación de explicar a los afiliados las consecuencias del traslado de régimen, nace solo a partir del inciso del artículo 3º del Decreto 2071 de 2015.

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.

Por su parte COLPENSIONES arguyó en su contestación que el oponerse a las pretensiones, bajo el entendido que no es procedente la ineficacia de la afiliación de la demandante con destino al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado en el presente asunto por parte de PORVENIR S.A., en tanto, dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente la demandante se le hubiese hecho incurrir en error ante la falta del deber de información por parte de la AFP, o que se encuentre en presencia de algún vicio del consentimiento como el error, la fuerza o el dolo; asimismo, no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubiese existido inconformidad por la actora.



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

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 25 de enero de 2024, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y con esto la afiliación realizada la señora JACQUELINE SZAPIRO CHALEM identificada con la cédula de ciudadanía No. 51.700.137, afiliado el 05 DE SEMPTIEMBRE DE 1996 a PORVENIR S.A.

SEGUNDO: DECLARAR que JACQUELINE SZAPIRO CHALEM actualmente se encuentra afiliada de manera efectiva al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a PORVENIR S.A., fondo actual del demandante, a realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de JACQUELINE SZAPIRO CHALEM, junto con sus respectivos intereses, rendimientos y bonos pensionales a que haya lugar.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como activar la afiliación de la señora JACQUELINE SZAPIRO CHALEM al RPMPD e integrar en su totalidad la historia laboral del demandante.

QUINTO: CONDENAR a PORVENIR S. A. a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones las cuotas de administración, los dineros descontados para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEXTO: CONMINAR a COLPENSIONES a acudir a los mecanismos procesales y extraprocesales pertinentes para obtener el recaudo de los



dineros generados como consecuencia de la declaración hecha en el ordinal anterior.

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

OCTAVO: *COSTAS de esta instancia quedan a cargo de PORVENIR S.A., y COLPENSIONES. Se fijan como Agencias en Derecho la suma de TRES (3) SMLMV a cargo de Porvenir S.A., y UN (1) SMLMV a cargo de Colpensiones y en favor de la parte demandante."*

Para arribar a esa conclusión, el Juez de primer grado hizo mención a la normativa vigente para la época del traslado de la demandante, esto es, la Ley 100 de 1993, el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, los cuales hacen referencia al deber de información hacia los consumidores financieros.

De igual forma, trajo a colación la jurisprudencia que ha enmarcado la materia, acotando que se le debió brindar a la accionante información referente a las características, diferencias, condiciones, parámetros para acceder a la pensión de vejez y los niveles de riesgos en uno y otro régimen pensional, por lo que no era viable el argumento de que la parte actora debía conocer la Ley 100 de 1993 para suplir la obligación de consentimiento informado radicado en cabeza de la AFP.

En el mismo sentido expresó que, del formulario de afiliación aportado, no se logró acreditar el consentimiento informado de la demandante y no obra en el expediente otro documento que dé cuenta la debida información que debió suministrársele. Así mismo, resaltó que la carga probatoria es de quien está en mejor condición de probar el deber legal que le asiste, que en este caso, le corresponde al extremo demandando en virtud de la posición dominante que ostentan en el mercado financiero; no obstante, de los documentos aportados al plenario no se dilucidó el cumplimiento de esta obligación, y del interrogatorio de parte tampoco se evidencia confesión alguna sobre la debida información, la cual era necesaria para que pudiera tomar una decisión informada al momento del traslado de régimen.

En razón de lo anterior, el *a-quo* consideró que el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad resulta ineficaz, en consecuencia, dispuso la devolución de los aportes, rendimientos, seguros previsionales, aportes a



pensión de garantita mínima, cuotas de administración indexados y demás emolumentos generados durante la afiliación del demandante a los fondos privados, no declaró 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 S.A. la apeló. Argumentó que dentro del presente caso se cumplieron con todas las obligaciones exigidas al momento en que se efectúa el traslado de régimen pensional por la demandante, sin que hubiese lugar a cuestionar la validez de dicho acto jurídico.

Que encuentra inconformidad en cuanto a la condena por gastos de administración y seguros previsionales, toda vez que como administradora pensional ha invertido en debida forma dichos recursos, por lo que, en caso de que se ordene retronar todos los rendimientos causados en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y no hasta el tope de los que se hubiesen causado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, resulta necesario utilizar el descuento de la restitución mutua a que haya lugar, independientemente del motivo que daría lugar a la presente ineficacia, en la medida que tiene derecho a una compensación económica, pues de lo contrario se constituiría en un enriquecimiento sin justa causa frente a COLPENSIONES.

COLPENSIONES refirió en su alzada que como administradora ha actuado dentro del ordenamiento jurídico, máxime si la actora actualmente se encuentra dentro de la prohibición legal contenida en la Ley 797 de 2003, aunado a que no se encuentra demostrado ningún vicio del consentimiento respecto de la demandante, y que de prosperar la ineficacia se estaría vulnerando el principio de sostenibilidad financiera.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.



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

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

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

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la*

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

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

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

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

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el

cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuara la demandante por intermedio de la AFP PORVENIR S.A. el 5 de septiembre de 1996 (Fl. 31 – PDF 03 DEMANDA y fl. 41 – PDF 11 CONTESTACIÓN PORVENIR S.A.), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado de manera 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 ISMAEL ENRIQUE DAZA CORREA en el interrogatorio de parte a él practicado no confesó que se le hubiese brindado una asesoría ajustada a derecho, incluidas las implicaciones, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, y otras situaciones de asesoría que entendiera de manera fehaciente la total información suministrada, sin advertirle características propias incluso del mismo Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como la cuenta de ahorro individual, aportes voluntarios, modalidades por vejez dentro del régimen privado, el derecho de retracto, etc.

De allí que se pueda colegir la notoria falta de información por parte de PORVENIR S.A. por cuanto no se obtuvo confesión alguna de la debida asesoría al tenor de los preceptos emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte

Suprema de Justicia, carga probatoria que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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

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

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1996, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia al declarar la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, 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 gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera respecto de COLPENSIONES, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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

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

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



correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

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

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

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

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

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

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

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

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

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas 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, por lo que al retornarse las contingencias referidas, evidente es que existe satisfecho un financiamiento como consecuencia de una posible prestación a la demandante.

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



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

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

*“Por ello se procederá a Condenar a Old Mutual SA hoy Skandia, a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los **gastos de administración, comisiones, y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.** Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

*Paralelamente, se ordenará a Porvenir SA devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por **gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos,** durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

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

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



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

De lo anterior, la decisión de primera instancia deberá aclararse frente a la indexación de los valores anteriormente descritos por la jurisprudencia. En tal sentido, se dispondrá que la AFP PORVENIR S.A. debe devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, 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. Igualmente, al momento del cumplimiento de dicha orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ACLARAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, en el entendido de indicar que la AFP PORVENIR S.A. deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, 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. Igualmente, al momento del cumplimiento de dicha orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.



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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

ACLARO VOTO

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

**PROCESO ORDINARIO LABORAL No 33 2020 00192 01 DE
JACQUELINE SZAPIRO CHALEM contra COLPENSIONES y PORVENIR
S.A.**

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 29 de febrero de los corrientes.

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

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

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



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

Ordinario Laboral 1100131050 36 2022 00562 01
Demandante: BLANCA GLORIA LEDESMA OSORIO
Demandados: COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 22 de enero de 2024 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:

La señora BLANCA GLORIA LEDESMA OSORIO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., a fin de declararse la ineficacia del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PROTECCIÓN S.A. el 1º de marzo de 1997.

Por consiguiente, se le ordene a PROTECCIÓN S.A. transferir con destino de COLPENSIONES a título de cotizaciones, el saldo en la cuenta de ahorro individual junto con los dividendos y rendimientos financieros, así como los costos generados por concepto de administración, así como que se le ordene a



COLPENSIONES reactivar su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como si nunca hubiese efectuado traslado alguno al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y registre en su historia laboral el detalle de las cotizaciones transferidas por PROTECCIÓN S.A., el pago de costas procesales y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

Subsidiariamente, pretende la nulidad del traslado.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 26 de diciembre de 1964, sin que en algún momento hubiese otorgado su consentimiento, voluntad, firma o autorización para el cambio de régimen con destino al de Ahorro Individual con Solidaridad, encontrándose así válidamente afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el 10 de julio de 1995.

Que PROTECCIÓN S.A. de manera ilegal e inconstitucional señaló que se encontraba afiliada al Régimen de Ahorro Individual desde el mes de marzo de 1997, como consecuencia del formulario de afiliación que supuestamente suscribió su empleador DEPARTAMENTO DE RISARALDA, por lo que dicha AFO llevó a cabo un traslado arbitrario e ilegal, sumado al hecho de que no se le efectuó ninguna información donde se le informaran las características de ambos regímenes pensionales.

Que no se le brindó información acerca de las diferentes modalidades pensionales existentes dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no se le realizó ninguna proyección pensional, entre otras situaciones de desinformación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda manifestando que el traslado de la demandante con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad fue de manera libre y voluntaria, razón por la cual dicho contrato de afiliación es



plenamente válido, sin que se encuentre inmersa en causal alguna que conlleve a su nulidad o ineficacia.

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

PROTECCIÓN S.A. por su parte expuso que la afiliación de la demandante ante sus dependencias se trata de un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, el cual por demás se llevó a cabo de manera libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación ya que tiene naturaleza de un verdadero contrato entre ambas partes, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones.

Mencionó también que de conformidad con lo establecido en el Decreto 1642 de 1995, en caso de que el trabajador no manifieste su voluntad expresa de afiliarse a uno de los regímenes del sistema general de pensiones o no selecciones la entidad administradora en el caso del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el empleador cumplirá la obligación contenida en el artículo 25 de la misma disposición normativa.

Formuló como medios exceptivos los denominados legalidad de la afiliación de vinculación por responsabilidad del empleador, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, e inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se



declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque derechos de terceros de buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 22 de enero de 2024, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que la señora *BLANCA GLORIA LEDESMA OSORIO* se encuentra válidamente afiliada al RPM administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

SEGUNDO: ORDENAR a la *SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN*, normalizar la afiliación de la actora 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 de la demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas.

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

CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

QUINTO: CONDENAR en *COSTAS* a *PROTECCIÓN* Liquidense como agencias en derecho con la suma de un 1SMMLV.

SEXTO: 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 desde la expedición de la Ley 100 de 1993 se establecieron tanto el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; con todo, la norma desde su expedición previó que quien determinaría al régimen pensional en que se pretendía permanecer era el mismo afiliado, aspecto que se regula en el artículo 12 del literal b) de la Ley 797 de 2003., al igual que ninguna persona podrá estar pensionado en dos regímenes en forma simultánea.



Que en tal medida, a efectos de reglamentar la afiliación al régimen pensional, fue por lo que se expidió el Decreto 692 de 1994, que en su artículo 13 estatuye el carácter de afiliado a una condición de permanencia con independencia del régimen escogido, sin que se advierta una modificación con cargo a una AFP, ni mucho menos como creadora de nuevas afiliaciones, afiliación que al tenor del artículo 15 de la misma disposición normativa, precede del formulario de afiliación suscrito por el afiliado.

Por tal razón, coligió que del caudal probatorio acreditado en juicio, palmario resulta que la aquí demandante señora BLANCA GLORIA LEDESMA OSORIO ha permanecido válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el año 1994, como quiera que con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la actora escogió la afiliación en forma libre y voluntaria al ISS según da cuenta el formulario del 2 de marzo de 1995 donde ha venido realizando sus aportes hasta la actualidad.

Al unísono, sostuvo que no existe prueba de algún formulario de afiliación que advierta que la demandante efectuara de manera libre y voluntaria un traslado con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en el año de 1997 conforme a las reglas descritas en el artículo 15 del Decreto 692 de 1994, como tampoco se constata algún documento acerca de la intención de traslado a una AFP, máxime si la norma en mención también determinaba en su momento no poderse trasladar una vez transcurrieran 3 años.

De otro lado, adujo que, conforme a lo adocinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el derecho a la seguridad social es imprescriptible.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Indicó en su alzada presentarse una indebida interpretación al artículo 1604 del Código Civil, ello teniendo en cuenta que los fallos relacionados con traslado de régimen hacen que la responsabilidad de los fondos se convierta en objetiva, así como que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera.



IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, en atención de los argumentos expuestos en primer grado, la Sala deberá auscultar si el traslado que determinado a favor de la aquí demandante señora BLANCA GLOIRIA LEDESME OSORIO como válido dentro del Régimen de Prima con Prestación Definida se encuentra ajustado a derecho.

c. Del caso en concreto:

Itera la Sala que el análisis de primer grado se circunscribió a la validez del traslado de la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en la medida que determinó que nunca llevó a cabo voluntad alguna de traslado a través de PROTECCIÓN S.A. con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

En tal sentido, como lo adujo la operadora de instancia, la Ley 100 de 1993 creó dos regímenes, como lo son el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, al igual que, en tratándose de su afiliación con relación a sus afiliados, son estos últimos en su libertad quienes determinan dicha afiliación en ellos teniendo en cuenta ciertos requisitos a fin de lograr la obtención de contingencias de índole pensional, aspecto que se regula actualmente en el artículo 12 del literal b) de la Ley 797 de 2003, al igual que ninguna persona podrá estar pensionado en dos regímenes en forma simultánea.

Es así como desde inicio de la creación de la Ley 100 de 1993, el legislador también empezó la regulación de permanencia en los diferentes regímenes,



entendida esta como el espacio de tiempo y traslado entre cada uno; tópico que tuvo como origen en su regularización el Decreto 692 de 1994 *“Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993”*.

Es menester recordar que el Decreto 692 de 1994, en sus artículos 11 - inciso final, 15 - inciso 1, y 17, a la letra rezan:

“Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación.

(...)

Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado.”

“Artículo 15. Traslado de régimen pensional. *Una vez efectuada la selección de uno cualquiera de los regímenes pensionales, mediante el diligenciamiento del formulario, los afiliados no podrán trasladarse de régimen, antes de que hayan transcurrido tres años contados desde la fecha de la selección anterior”.*

“Artículo 17. Múltiples vinculaciones. *Está prohibida la múltiple vinculación. El afiliado sólo podrá trasladarse en los términos de que trata el artículo anterior, sin embargo, cuando el afiliado cambie de régimen o de administradora antes de los términos previstos, será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales. Las demás vinculaciones no son válidas y se procederá a transferir a la administradora cuya afiliación es válida, la totalidad de saldos, en la forma y plazos previstos por la Superintendencia Bancaria.*

Bajo este escenario, puede colegirse que las personas vinculadas al antiguo ISS al 31 de marzo de 1994, podían continuar a dicha entidad en cualquier tiempo, pero para aquellas que seleccionaran el régimen pensional después del 1º de abril de 1994, esto es, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, existía la prohibición legal de trasladarse durante un interregno de tres años.

En reciente jurisprudencia, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL214-2020, Radicación No. 73134 del 5 de febrero de 2020 efectuó un análisis lo anteriormente argüido donde asentó:

“De las disposiciones transcritas se colige que la múltiple vinculación se produce, entre otros eventos, cuando el afiliado a uno de los regímenes del sistema de seguridad social en pensiones, se traslada entre estos por fuera del plazo legal previsto en el ordenamiento jurídico para tal fin, de allí que es oportuno tener en cuenta que: i) para los afiliados que estuvieran vinculados al ISS al 31 de marzo de 1994, podían continuar automáticamente en dicha entidad y cambiarse en cualquier tiempo y; ii) para las personas que seleccionen el régimen pensional, después del 1º de abril de 1994, solo es posible el traslado luego de transcurridos tres años, término modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, para prever un plazo superior de cinco años.

Ahora bien, al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que en caso de que el afiliado cambie de régimen pensional antes de los términos legales previstos, será válida, exclusivamente, la última vinculación que cumplió con el tiempo mínimo de permanencia. Así se señaló en la sentencia CSJ SL4777-2019, en la que se recordó que:

[...] Sobre el tema propuesto en el único cargo, desde tiempo atrás esta Sala ha sostenido que el efecto de la afiliación múltiple al sistema pensional, de conformidad con lo establecido en el art. 17 del D. 692/94, es la validez de la última efectuada en los términos legales, de manera tal que una vez definido este aspecto, lo que procede es la transferencia de los saldos a la administradora de pensiones cuya afiliación resulte válida, por cuanto a ésta corresponde asumir el reconocimiento y pago de las prestaciones de invalidez, vejez y muerte.”

Es así como del asunto *sub-examine* resulta pertinente tener en cuenta las temporalidades reguladas en el Decreto 692 de 1994, como quiera que, confrontado el caudal probatorio acreditado en juicio se aprecia que la aquí demandante señora BLANCA GLORI LEDESME OSORIO solicitó su afiliación al entonces ISS el 2 de marzo de 1995 según da cuenta el formulario denominado solicitud de vinculación, fecha posterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 que lo fue a partir del 1º de abril de 1994; inclusive, se aprecia que la actora tenía periodos cotizados a la CAJA DE SEGURIDAD SOCIAL DEL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA por el periodo comprendido entre el 24 de febrero de 1994 y el 31 de marzo de 1995 como se observa del documento CETIL expedido por LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO el 2 de agosto de 2022 (Fls. 49 a 50 y 53 a 57 – PDF 06 PRUEBAS).

Además, yace la constancia del SIAFP emitida por ASOFONDOS que demuestra que a la actora se le produjo un cambio de régimen pensional con destino del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con fecha de efectividad a partir



del 2 de marzo de 1997, sin que obre prueba alguna del formulario de afiliación (Fls. 68 a 69 – PDF 13 CONTESTACIÓN PROTECCIÓN S.A.).

Por tal razón, palmario resulta para la Sala que al haberse surtido la vinculación al ISS en el mes marzo de 1995 y como lo coligió la *a-quo*, no era normativamente factible que la demandante pudiese llevar a cabo un traslado del Régimen de Prima con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad sin el tiempo de permanencia mínimo de 3 años, ya que, como se adujo, este último se produjo para el mes de marzo de 1997; circunstancia por la cual, válido es el traslado llevado a cabo por la demandante al entonces ISS.

Al unísono, no puede perderse de vista que ni siquiera la demandante suscribió formulario de afiliación para el cambio de régimen por intermedio de PROTECCIÓN, requisito *sine qua non* para efectivizarse el traslado y demostrarse la intención de voluntad libre del potencial afiliado de conformidad con lo establecido en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, de allí que no pueda PROTECCIÓN S.A. argumentar como medio defensivo en su contestación de demanda que el traslado gozaba de validez, pues fue el propio empleador de la actora quien solicitó lo pertinente, máxime si se tiene en cuenta que, como se advierte del acta de posesión No. 062 del 17 de febrero de 1997 de la señora BLANCA GLORIA LEDESMA OSORIO expedida por la empleadora SECRETARÍA DEL DEPARTAMENTO DE PEREIRA y la correspondiente resolución de nombramiento No. 0253 del 15 de febrero de 1994, desde dicha data se advirtió por el patrono que las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones se llevarían a cabo al extinto ISS (Fls. 14 a 15 – PDF 06 PRUEBAS).

Bajo estos lineamientos, es evidente que la afiliación realizada por la actora al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PROTECCIÓN S.A. no tuvo efectos jurídicos, ya que en todo momento se ha encontrado válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida hoy administrado por COLPENSIONES, lo que conlleva a que la sentencia de primera instancia sea confirmada en su integridad.

Por último, resulta importante indicar que no goza de prosperidad el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES en lo que atañe a la



vulnerabilidad del principio de sostenibilidad financiera del sistema, toda vez que la demandante a razón de connotaciones ajenas a los preceptos normativos se le trasladó sin su autorización, de allí que en todo momento debiese encontrarse legalmente afiliada en el régimen público.

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

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS PAREDES GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



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

Ordinario Laboral 1100131050 36 2022 00677 01
Demandante: EDGAR ALFONSO RAMIREZ CARRANZA
Demandados: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el presente asunto en 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 primera instancia fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor EDGAR ALFONSO RAMIREZ CARRANZA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., con la finalidad que se declare la ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en julio de 1999 a través de PROTECCIÓN S.A., por vicio en el consentimiento.

Como consecuencia de tal declaración, pretende se condene a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que obren en su cuenta individual de ahorro, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses y los rendimientos que se hubieren causado, además, se ordene a COLPENSIONES la afilie en el régimen que administra sin solución de continuidad, se condene en costas y agencias en



derecho a las demandadas, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, refirió que estuvo afiliado en el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES-ISS, con la convicción de ser la entidad más estable para manejar su pensión desde el 12 de julio de 1994 hasta el 30 de junio de 1999, en donde alcanzó 256,14 semanas; y que en julio de 1999 se trasladó a PROTECCIÓN S.A., cuando laboraba para la CONSTRUCTORA COLMENA, lugar a donde llegó el asesor de ese fondo y le indicó que este tendría condiciones más favorables para pensionarse, empero, no le informó las modalidades y requisitos para acceder a esa pensión, tampoco le precisó las demás características de ese régimen y las consecuencias que le conllevaría el traslado de régimen, tampoco le entregó una proyección pensional de su mesada en el RPMPD y en el RAIS, y menos aún le informó sobre el derecho de retracto.

De otra parte, expuso que el fondo privado no le indicó sobre la posibilidad de trasladarse voluntariamente entre regímenes antes de estar a 10 años de la edad de pensión. Asimismo, refirió que al mes de abril de 2022 cuenta con 1411.29 semanas, y que solicitó a las encartadas en mayo de 2022 la nulidad de su traslado y su retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pedimento que fue negado por esas administradoras, por último, sostuvo que según simulación pensional su mesada en el RPMPD ascendería a \$2.900.000. (f. 1 a 15 archivos 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda, arguyendo que la afiliación del gestor fue válida y efectuada de manera libre, voluntaria y sin presión alguna, además, todas las actuaciones de esa entidad están encaminadas en pro del cumplimiento del principio constitucional de sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones y de las demás disposiciones legales emanadas a la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003 y el Acto Legislativo 01 de 2005, los cuales buscan proteger tal principio.



Formuló los medios exceptivos de mérito de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, aplicabilidad de la sentencia SL-373 de 2021 a quienes acrediten un derecho consolidado en el RAIS y la innominada o genérica. (f. 2 a 21 archivos 06).

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

En su defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, la innominada, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa, e inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe. (f. 3 a 27 archivo 07).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 19 de diciembre de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por EDGAR ALFONSO RAMIREZ CARRANZA del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de Ahorro individual con solidaridad, con efectividad del 1o. de agosto de 1999, a través de la AFP COLMENA.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION 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 deben ser debidamente indexadas. Así como entregar, el archivo y el detalle de aportes realizados durante la permanencia en el RAIS.

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

CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

QUINTO: CONDENAR en COSTAS a PROTECCIÓN S.A. Liquidense como agencias en derecho con la suma de un millón de pesos (\$1.000.000).

SEXTO: 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, la *a-quo* precisó que el actor se trasladó al RAIS a través de COLMENA el 29 de junio de 1999. A continuación, señaló que el deber de información se encuentra en cabeza de las administradoras desde la expedición de la Ley 100 de 1993, la que en el literal d) del artículo 13 establece el derecho de libre elección de régimen pensional; además el artículo 97 numeral 1º del Decreto 663 de 1993, establece el deber de información.

A su vez expuso que, según lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en inicio en casos similares se analizaron bajo la egida de la nulidad de traslado de régimen pensional, sin embargo, posteriormente en sentencia SL1421-2019 esa Corporación precisó que las consecuencias de un traslado desinformado, era la ineficacia del mismo.

Seguidamente, refirió que al tenor de lo consagrado en la sentencia SL1055-2022, fueron traídas a colación unas sub reglas bajo el parámetro de la debida



información que deben suministrar las administradoras pensionales a sus potenciales afiliados como son: (i) la omisión al deber de información genera una ineficacia del traslado, (ii) el cumplimiento del deber de información no se agota con la suscripción del formulario de afiliación, (iii) la carga probatoria consistente en acreditar el cumplimiento del deber de información se encuentra en cabeza de la AFP, (iv) 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, (v) no se requiere acreditar la configuración de un perjuicio, (vi) el hecho tal de que un argumento del afiliado consista en que obtendrá una mejor pensión en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida no implica que no proceda la ineficacia, (vii) el incumplimiento del deber de información no se analiza desde el régimen de las nulidades sino desde la ineficacia, (viii) aunque el afiliado se traslade entre AFP tal situación no desdibuja el cumplimiento del deber de información, lo que tampoco se subsume con una re asesoría.

En ese orden ideas, concluyó que COLMENA S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. no demostró el cumplimiento del deber de información, pues el actor no confesó tal aspecto, declarando la ineficacia del traslado con la consecuencial devolución de los emolumentos causados en virtud de dicho acto jurídico, igualmente, declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas al fondo privado.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

El presente proceso se estudia en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES, conforme a lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., como quiera que la sentencia proferida en primera instancia fue adversa a los intereses de esa entidad.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Ahora bien, 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.

Al respecto, 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 de 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 obra el formulario de afiliación por medio del cual el actor se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 29 de junio de 1999 por medio de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., vinculación que según el certificado SIAFP se hizo efectiva el 1º de agosto de 1999. (f. 37 y 83 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”*.

De otro lado, se recibió el interrogatorio de parte del demandante EDGAR ALFONSO RAMIREZ CARRANZA, quien declaró que en el año 1999 estando al servicio de CONSTRUCTORA COLMENA, efectuó el traslado por solicitud de esa empresa, la cual fue liquidada posteriormente, acotando que no recibió ninguna comunicación de parte del fondo de pensiones.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, no obra prueba alguna que advierta una debida información de parte de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. al momento del traslado del demandante, por lo que según lo adoctrinado por 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 que guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las*

Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1999, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a*



conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen del promotor.

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

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

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

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

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

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



En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado frente a COLPENSIONES, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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



así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

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

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

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

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



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

“Por ello se procederá a Condenar a Old Mutual SA hoy Skandia, a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Paralelamente, se ordenará a Porvenir SA devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Posición esta última que reitera lo indicado con antelación por esa Alta Corporación en sentencia SL5047-2021, Radicación No. 83777 del 25 de octubre del 2021 en la que se indicó lo siguiente:

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

De lo anterior, dimana con claridad que no erró la *a-quo* en la decisión de primera instancia. Sin embargo, estima la Sala necesario modificar el numeral segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de precisar que las sumas que deben ser indexadas al momento del pago por parte de PROTECCIÓN S.A., corresponden a los gastos de administración, las primas por los seguros previsionales y los



aportes al fondo de garantía de pensión mínima. En lo demás habrá de confirmarse la sentencia de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida el 19 de diciembre de 2023 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de precisar que las sumas que deben ser indexadas al momento del pago por parte de PROTECCIÓN S.A., corresponden a los gastos de administración, las primas por los seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado
SALVO VOTO

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



Como consecuencia de tal declaración, pretende se condene a SKANDIA S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido en virtud de su vinculación, tales como cotizaciones, bonos pensionales y rendimientos. Se ordene a COLPENSIONES que reciba tales emolumentos y contabilice las semanas cotizadas en el RAIS para efectos pensionales. Igualmente, solicita se condene a COLPENSIONES a que le reconozca y pague la pensión de vejez, más lo que resulte probado de maneta *ultra y extra petita*.

Subsidiariamente, pretende se declare la ineficacia e inoperancia de los efectos del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 17 de agosto de 2002 a través de PROTECCIÓN S.A., por vicio en el consentimiento.

Consecuencialmente, pretende se condene a SKANDIA S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que obren en su cuenta individual de ahorro, como cotizaciones, bonos pensionales y rendimientos. Además, se ordene a COLPENSIONES reciba tales emolumentos y contabilice las semanas cotizadas en el RAIS para efectos pensionales. A su vez, solicita se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez, más lo que resulte probado de maneta *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, refirió que estuvo afiliada en el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES desde el 22 de enero de 1990 y se trasladó el 17 de agosto de 2002 del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por medio de PROTECCIÓN S.A., vinculación que se hizo efectiva a partir del 1º de octubre de 2002, agregando que al momento del traslado a ese fondo no fue asesorada o informada por este de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto de las diferencias entre uno u otro régimen de pensiones, las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, los beneficios, riesgos, desventajas o inconvenientes de ese régimen y en general las implicaciones sobre sus derechos pensionales, y en sí los aspectos que debía tener en cuenta al momento de tomar la trascendental decisión de cambiarse de régimen de pensiones.



Asimismo, refirió que al momento del traslado de régimen no se le efectuaron proyecciones de su pensión en cada uno de los regímenes pensionales y no fue informada sobre el derecho de retracto. De otra parte, sostuvo que el 1º de abril de 2004 se trasladó a SKANDIA S.A., y que el 15 de julio de 2019 solicitó a COLPENSIONES su traslado al régimen que administra, pedimento que fue negado por las accionadas. Además, refirió que en la actualidad se encuentra afiliada a SKANDIA S.A., y que a la fecha de presentación de la demanda cuenta con 58 años de edad y más de 1.410 semanas cotizadas al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, empero, dada su difícil situación económica no le es posible seguir cotizando. (f. 7 a 26 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

SKANDIA S.A. al contestar se opuso a las pretensiones de la demanda. Al respecto, refirió que la afiliación de la actora con ese fondo se realizó dentro del marco legal vigente para la fecha de afiliación y conforme a los postulados de la buena fe, por consiguiente, no puede trasladar concepto alguno a COLPENSIONES.

En su defensa propuso como excepciones las que denominó como actos de relacionamiento, SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la 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 RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la 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. (f. 2 a 23 archivo 05).

PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones del *petitum*, argumentando que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, observándose del formulario de vinculación que suscribió la promotora, que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato, por



virtud del cual se generaron derechos y obligaciones tanto en cabeza del fondo como de la afiliada, manifestación de voluntad que estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, lo que constituye una manifestación inequívoca de trasladarse a ese fondo.

Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, la innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa, traslado de la totalidad de los aportes a OLD MUTUAL. (f. 3 a 28 archivo 13).

COLPENSIONES en su contestación se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que dentro del expediente no obra prueba de que a la demandante se le haya hecho incurrir en error por falta al deber de información por parte de las AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, esto es, error, fuerza o dolo, así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto que permita inferir inconformidad por parte de la demandante, por el contrario se observa que las documentales se encuentra sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, igualmente en el presente caso el demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, para poderse trasladar de régimen en cualquier tiempo.

Propuso la excepción previa de falta de jurisdicción y/o competencia por ausencia de agotamiento de la reclamación administrativa ante entidad pública articuló 100 C.G.P., artículo 6 C.P.L. y de la S.S., la cual se declaró probada de manera parcial en lo atinente a la pretensión de pensión, en audiencia llevada a cabo el día 11 de diciembre de 2023.



Igualmente, formuló las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de COLPENSIONES y la innominada o genérica. (f. 25 a 66 archivo 08).

En cuanto al llamamiento en garantía que elevó SKANDIA S.A., respecto a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., aduciendo que, en caso de ser condenada, esa aseguradora debe reembolsar los valores pagados por concepto de seguro previsional; fue aceptado mediante auto adiado el 14 de febrero de 2023. (archivo 31).

En esa medida, MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., dijo no oponerse ni allanarse a las pretensiones de la demanda, y tampoco propuso excepciones.

Respecto a las pretensiones del llamamiento en garantía, se opuso a las mismas, bajo el argumento de que las pretensiones de la demanda no tienen relación con el llamamiento en garantía, dado que el único objeto del seguro previsional regulado en los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993, es que en caso de realizarse el riesgo se impone para la aseguradora el pago de la suma adicional para completar el capital que financie el monto de la pensión de invalidez o sobreviviente.

Como excepciones de mérito del llamamiento propuso las que nombró como el llamamiento en garantía realizado a MAPFRE es improcedente por cuanto SKANDIA S.A. carece de amparo y/o cobertura frente a la acción material ejercida por la parte demandante, al no tener relación el riesgo objeto de protección asegurativa con el objeto material de las pretensiones; inexistencia de derecho contractual por parte de SKANDIA; MAPFRE 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 que afecten a la llamante, AFP SKANDIA S.A., por lo mismo, no está obligada a restitución alguna; prescripción de la acción derivada del contrato de seguro y reconocimiento oficioso de excepciones. (f. 2 a 18 archivo 28).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 14 de diciembre de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo la señora LIGIA JACQUELINE CLAUSEN MUTIS del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de PROTECCIÓN S.A. con efectividad a partir del 01 de octubre del 2002, es ineficaz y, por ende, no produjo efecto alguno por lo que se deberá entenderse que la actora jamás se separó el régimen de prima media, situación que también se deberá entender de la afiliación que se hizo de PROTECCIÓN S.A. a SKANDIA S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a SKANDIA S.A. a que transfiera a COLPENSIONES todas las sumas de dinero obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos, el bono pensional de haber sido redimido, así como los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, los conceptos desde gastos de administración en adelante deben ser indexados al momento de cumplirse esta decisión. Al momento de cumplir esta orden los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores junto con el detalle pormenorizados de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

TERCERO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. a que transfiera a COLPENSIONES todas las sumas que recibió por gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, todos estos emolumentos debidamente indexados al momento de cumplirse esta decisión. Al momento de cumplir esta orden los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores junto con el detalle pormenorizados de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES que reciba los dineros que se habla en los numerales anteriores, y reactive la afiliación de la demandante al régimen de prima media sin solución de continuidad, debiendo consolidar la historia laboral con la información que alleguen las codemandadas.



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

SEXTO: DENEGAR el llamamiento en garantía que elevó SKANDIA S.A. a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., atendiendo los argumentos expuestos.

SÉPTIMO: INFORMARLE a COLPENSIONES que podrá acudir a las acciones judiciales para obtener el resarcimiento de los perjuicios que pueda ocasionar esta ineficacia en y en caso de que los dineros que hoy se ordenan enviar le sean insuficientes.

OCTAVO: CONDENAR EN COSTAS así, a favor de la parte demandante y cargo de PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A. dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho en suma de \$2.320.000. A favor de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. y a cargos de SKANDIA S.A. por haber sido derrotada en el llamamiento en garantía, dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma \$1.160.000. Se exonera a COLPENSIONES teniendo en cuenta los argumentos expuestos en esta sentencia.

NOVENO: CONCÉDASE el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA por resultar algunas órdenes a cargo de COLPENSIONES."

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* indicó que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establece la posibilidad de elección de uno de los dos regímenes pensionales, siendo libre y voluntaria la afiliación a los mismos. Además, el artículo 271 *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, además del interrogatorio de parte del actor no se extrae confesión sobre el cumplimiento de ese deber, pues no se advierte que se le haya informado sobre características generales de los regímenes pensionales. Declarando así, la ineficacia del traslado de régimen del demandante y la consecuente devolución a COLPENSIONES por parte de SKANDIA de todos los emolumentos producto de la ineficacia del traslado.

Sobre el llamamiento en garantía refirió que el objeto de debate no tiene relación con el seguro pactado con la aseguradora llamada en garantía, por lo que el llamamiento en garantía no tiene visos de prosperidad, declaró no probada la excepción de prescripción, e indicó que COLPENSIONES quedaba en libertad de demandar los perjuicios ocasionados, y condenó en costas a PROTECCIÓN S.A. y a SKANDIA S.A. a favor de MAPFRE.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión SKANDIA S.A. la apeló. Al respecto, refirió que por mandato legal está autorizado el descuento por concepto de gastos de administración y primas de seguros previsionales, ello en consonancia con lo reglado en el artículo 104 de la Ley 100 del 1993, enfatizando que los rendimientos que obtuvo el actor en su cuenta de ahorro individual son producto de la buena gestión de dichos gastos de administración, adicionalmente, sostuvo que las primas de seguros fueron trasladados en su momento a la aseguradora, para cubrir las contingencias por invalidez y sobrevivencia, dineros que no tienen por qué ser destinados a cubrir la mesada pensional de la afiliada, en ese orden de ideas, no es viable la devolución los mencionados conceptos, o concluir que no son imprescriptibles, pues ello generaría un enriquecimiento sin justa causa y un pago de lo no debido a favor de COLPENSIONES.

Además, señaló que existe compensación frente a la condena por indexación, de manera que se estaría constituyendo una doble sanción. De otro lado, indicó frente al llamamiento en garantía que, al decretarse la ineficacia de la afiliación



al RAIS, el seguro correría la misma suerte y por ende la aseguradora estaría obligada a devolver las primas que sufragó según lo dispuesto en los artículos 1045 y 1137 del Código de Comercio, al no existir interés asegurable, concepto respecto del cual operó el fenómeno prescriptivo.

COLPENSIONES en su alzada, señala que la carga de la prueba no debe recaer únicamente en cabeza de la administradora de pensiones demandada, dado que el demandante contaba con los medios y las capacidades para comprender lo que estaba firmando, de ahí que, no sea la parte débil del proceso toda vez que cuenta con las capacidades para ilustrarse y asesorarse de la mejor manera, aunado a que el actuar de esa entidad ha estado permeada de buena fe, y la negativa de recibir al demandante se sustenta en el cumplimiento de un deber legal consagrado en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 del 2003.

De la misma forma, refirió que la declaratoria de ineficacia del traslado afecta a la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones y pone en peligro el derecho a la seguridad social de los demás afiliados de esa entidad, dado que la demandante está próxima a cumplir los requisitos acceder a la prestación de vejez, por ende, se beneficiaría de los aportes que los demás afiliados han realizado, por lo que solicita se revoque la sentencia de instancia.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

Ahora bien, 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.

Al respecto, 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 de 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 obra formulario de afiliación por medio del cual la actora se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con

solidaridad el 17 de agosto de 2002 por medio de PROTECCIÓN S.A., igualmente, se aporta el formulario de afiliación a SKANDIA S.A. el 1º de abril de 2004, vinculaciones que según el certificado SIAFP se hicieron efectivas el 1º de octubre de 2002 y el 1º de junio de 2004. (f. 13 archivo 13 y f. 40 y 68 archivo 11)

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”*.

De otro lado, se recibió el interrogatorio de parte del Representante Legal de PROTECCIÓN quien señaló que la explicación a la actora sobre el cambio del régimen de prima media al de ahorro individual consta en el formulario de afiliación, y que las diferencias, riesgos, ventajas y desventajas sobre el cambio de régimen se le brindó de forma verbal y está disponible en los canales de información del fondo; adicionalmente, expuso que no existe documento diferente al formulario afiliación que dé cuenta de la información suministrada a la promotora al momento del traslado.

A su vez, la Representante Legal de SKANDIA en su declaración mencionó que para la época no existía obligación de dejar alguna evidencia que explicara las consecuencias del traslado de régimen.

Entre tanto, la demandante LIGIA JACQUELINE CLAUSEN MUTIS en el interrogatorio de parte que depuso, adujo que a su lugar de trabajo arribaron asesores de PROTECCIÓN S.A. quienes le dijeron que el ISS se iba a liquidar y que debían trasladarse ya que sus cotizaciones estaban en riesgo, por ende,

ante tal situación solo le quedó suscribir el formulario de afiliación, lo cual llevó a cabo con otras cinco personas.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de PROTECCIÓN 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 que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales

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

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

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia a 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 de la promotora.

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

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión



de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

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

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

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros 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, rubros que como viene de verse, deben ser asumidos por los fondos privados con su propio patrimonio, y no de la aseguradora, como lo pretende SKANDIA.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado frente a COLPENSIONES, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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



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

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

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

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

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



del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

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

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

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

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

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

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones,

rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas de la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual, desestimándose así los argumentos expuestos por las encartadas en su alzada sobre tales aspectos.

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

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

“Por ello se procederá a Condenar a Old Mutual SA hoy Skandia, a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.



Paralelamente, se ordenará a Porvenir SA devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Posición esta última que reitera lo indicado con antelación por esa Alta Corporación en sentencia SL5047-2021, Radicación No. 83777 del 25 de octubre del 2021 en la que se indicó lo siguiente:

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

De lo anterior, dimana con claridad que no erró la *a-quo* en la decisión de primera instancia. Sin embargo, estima la Sala necesario modificar los numerales segundo y tercero de la sentencia de primer grado, en el sentido de precisar que las sumas que deben retornar de forma indexada PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A. a COLPENSIONES, correspondiente a los gastos de administración, los seguros previsionales y el aporte al fondo de garantía de pensión mínima, en porción al tiempo en que estuvo vinculada la demandante a esas administradoras de pensiones. En lo demás, habrá de confirmarse en su integridad la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

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



RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida el 11 de diciembre de 2023 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de precisar que en el sentido de precisar que las sumas que deben retornar de forma indexada PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A. a COLPENSIONES, correspondiente a los gastos de administración, lo seguros previsionales y el aporte al fondo de garantía de pensión mínima, en porción al tiempo en que estuvo vinculada la demandante a esas administradoras de pensiones, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

ACLARO VOTO

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



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

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

**PROCESO ORDINARIO LABORAL No 39 2020 00363 01 DE LIGIA
JACQUELINE CLAUSEN MUTIS contra COLPENSIONES, PROTECCIÓN
S.A. Y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 29 de febrero de los corrientes.

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

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

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

Ordinario Laboral: 1100131050 39 2022 00211 01
Demandante: RAFAEL SARMIENTO CUADRADO
Demandados: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 9 de noviembre de 2023 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor RAFAEL SARMIENTO CUADRADO promovió demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., a fin de declararse la ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A., y se declare que para todos los efectos jurídicos continúa afiliado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin solución de continuidad.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se ordene a PROTECCIÓN S.A. devuelva a COLPENSIONES todas las sumas de dinero que obren en su cuenta



como, cotizaciones, bonos, rendimientos y gastos de administración. Además, se ordene a COLPENSIONES S.A. reciba las anteriores sumas, la afilie en el régimen que administra, y actualice y corrija su historia laboral, y se condene al pago de los perjuicios morales causados en suma de doscientos salarios mínimos, y se condene en costas a las demandadas.

De forma subsidiaria, pretende se declare la nulidad del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A., y se declare que para todos los efectos continúa afiliado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Consecuencialmente, pretende se ordene a PROTECCIÓN S.A. devuelva a COLPENSIONES todas las sumas de dinero que obren en su cuenta como, cotizaciones, bonos, rendimientos y gastos de administración. Además, se ordene a COLPENSIONES reciba los anteriores rubros, la afilie en el régimen que administra, y actualice y corrija su historia laboral, y se condene al pago de los perjuicios morales causados en suma de 200 SMLMV, y se condene en costas a las demandadas.

Como segundas pretensiones subsidiarias, pretende se declare inexistente el acto de traslado y la afiliación del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A., y se declare que para todos los efectos jurídicos continúa afiliado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin solución de continuidad.

En consecuencia, pretende se ordene a PROTECCIÓN S.A. devuelva a COLPENSIONES todas las sumas de dinero que obren en su cuenta como, cotizaciones, bonos, rendimientos y gastos de administración. Además, se ordene a COLPENSIONES S.A. reciba los anteriores rubros, la afilie en el régimen que administra, y actualice y corrija su historia laboral, y se condene al pago de los perjuicios morales causados en suma de doscientos salarios mínimos, y se condene en costas a las demandadas.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:



Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 6 de abril de 1963 y estuvo afiliado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por ISS desde el año 1983, y se trasladó el 5 de diciembre de 1997 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A., sin recibir información completa, necesaria, veraz, transparente y oportuna, pues a razón de la desinformación de parte del mismo consideró que le era mucho más beneficioso ese régimen, aunado a que el asesor del fondo no contaba con la debida capacitación.

Destacó que el fondo privado no le explicó las características, el funcionamiento, ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales y tampoco le efectuó una proyección de su mesada y menos aún como se obtienen las prestaciones económicas en el RAIS y en el RPMPD, y no le informó del derecho de retracto. Al contrario, le indicó que su pensión sería mucho más ventajosa en ese fondo y que el Régimen de Prima Media desaparecería.

De otro lado, expuso que PROTECCIÓN S.A. en una proyección pensional que efectuó le indicó de la parte demandante y esta arrojó que su mesada en el RPMPD sería superior a la que obtendría en el RAIS. En esa medida, el 23 de marzo de 2022, solicitó a las encartadas la ineficacia, nulidad o inexistencia de su afiliación a PROTECCIÓN, pedimento que fue negado por esas entidades. Finalmente, refirió que la falsa expectativa creada por el asesor del fondo privado y la incertidumbre sobre el ingreso para subsistir, luego de su vida laboral le ha causado un gran impacto emocional, manteniendo un estado de angustia permanente al no tener asegurado un ingreso acorde con la calidad de vida que su salario le ha permitido tener, junto con su núcleo familiar. (f. 4 a 27 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PROTECCIÓN S.A. se opuso a todas pretensiones elevadas 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 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, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, prescripción, Falta del juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa, y la de inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica. (f. 3 a 43 archivo 06).

COLPENSIONES al contestar la demanda se opuso a las pretensiones elevadas en el *petitum*, arguyendo que no obra prueba alguna en el plenario que permita inferir que el fondo privado hizo incurrir en error al demandante, o que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento, tampoco que este haya presentado inconformidad sobre su traslado de régimen, por el contrario, de las documentales que obran en el expediente se advierte que el traslado se encuentra sujeto a derecho y que se realizó de manera libre y voluntaria, sin observaciones sobre presiones indebidas, igualmente adujo que el actor se encuentra inmerso en la prohibición de traslado de régimen de que trata el artículo 2 de la ley 797 de 2003.

Formuló como medios exceptivos los que denominó como errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (f. 4 a 51 archivo 11).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



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

“PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo el señor RAFAEL SARMIENTO CUADRO del régimen de prima media al régimen de ahorro individual es ineficaz y, por ende, no produjo efecto alguno por lo que se deberá entender que el demandante jamás se separó el régimen de prima media.

SEGUNDO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A.S a que transfiera a COLPENSIONES todas las sumas de dinero obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante con sus rendimientos, bonos pensionales si se han redimido, así como los gastos o comisiones de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, estos últimos tres conceptos debidamente indexados al momento de cumplir la orden. Estos conceptos deberán ser discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizada de los ciclos, IBC, aportes y demás información que los justifique.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES que reciba los dineros que los que habla el numeral segundo y reactive la afiliación del demandante sin solución de continuidad, debiendo consolidar la historia laboral con la información que suministre PROTECCIÓN.

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

QUINTO: INFORMAR a COLPENSIONES que puede acudir a las acciones judiciales para obtener el resarcimiento de los eventuales perjuicios que pueda causar esta ineficacia y en contra de PROTECCIÓN S.A.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a PROTECCIÓN S.A., dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de \$1.160.000.

SEPTIMO: ORDENAR el grado jurisdiccional de consulta la presente sentencia por resultar órdenes a cargo de COLPENSIONES.”

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* indicó que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establece la posibilidad de elección de uno de los dos regímenes pensionales, siendo libre y voluntaria la afiliación a los mismos. Además, los artículos 271 y 272 *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, y las consecuencias que implica el traslado, además los fondos deben tener en cuenta todos los aspectos que influyen en la adquisición del derecho pensional y explicar al posible afiliado como si se tratara de uno lego.

En lo que atañe a la carga de la prueba dijo que corresponde a la administradora de pensiones demandada, demostrar una debida asesoría o información a sus potenciales afiliados ya que son quienes tienen la información, además cuando se realiza una negación indefinida según el artículo 167 del C.G.P., se invierte la carga de la prueba.

Concluyendo que, en el *sub examine* no se probó el cumplimiento de dicho deber de información, lo cual no se prueba únicamente con el formulario de afiliación, además del interrogatorio de parte del actor no se extrae confesión sobre el cumplimiento de ese deber, pues no se advierte que se le haya informado sobre características generales de los regímenes pensionales, y la reasesoría del 2015 no da cuenta del cumplimiento de ese deber, ya que no le indica proyección para que pudiera escoger.

Declarando así, la ineficacia del traslado de régimen del demandante y la consecuente devolución a COLPENSIONES por parte de PROTECCIÓN S.A. con todos los emolumentos producto de la ineficacia del traslado. Declaró no probada la excepción de prescripción, indicando que COLPENSIONES quedaba en libertad de demandar los perjuicios ocasionados, y condenó en costas a PROTECCIÓN S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Al respecto, expuso que en el presente asunto debía examinarse lo atinente a la inversión de la carga de la prueba, ya que la misma no puede recaer únicamente en cabeza de la AFP convocada a juicio, dado que el demandante contaba con los medios y las capacidades para comprender lo que estaba firmando.

De igual manera, tampoco se puede considerar al promotor como la parte débil en este proceso por cuánto tiene las capacidades para ilustrarse y asesorarse de



la mejor manera, máxime cuando sus actuaciones han sido llevadas a cabo de buena fe, y la negativa de recibir al demandante radica en el cumplimiento de un deber legal consagrado en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 del 2003.

Por último, añadió que la declaratoria de ineficacia del traslado afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho a la Seguridad Social de los demás afiliados, pues el actor ya cumplió con los requisitos para pensionarse y se beneficiaría de los aportes que han efectuado otros afiliados del Régimen de Prima Media que permanecieron en este régimen, por lo que solicita se revoque la sentencia de instancia.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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



Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

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

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



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

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

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



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

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

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, o si se trasladó de manera horizontal, o si se está a menos de diez años para la edad de pensión, pues son hechos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido, contrario a los sostenido por las apelantes.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación por medio del cual el actor se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A el 5 de mayo de 1997, vinculación que se hizo efectiva a partir del 1º de febrero de 1998, como se aprecia de la certificación SIAFP. (f. 52 y 53 archivo 06). Formulario de afiliación que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de*

información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.

De otro lado, el demandante RAFAEL SARMIENTO CUADRADO en el interrogatorio de parte que depuso, señaló que fue citado a la empresa en la que laboraba, la cual pertenecía al mismo grupo empresarial de PROTECCIÓN S.A., señalándole que por ese motivo tenían que firmar el formulario de afiliación, además que el ISS iba a desaparecer, sin que le dieran más explicaciones al momento de la vinculación.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna de parte de la gestora sobre el pleno suministro de una debida información, luego, no obra prueba alguna que advierta una debida información de PROTECCIÓN S.A. al momento del traslado del demandante, por lo que según lo adoctrinado por 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 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	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 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 actor para el año 1997, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP PROTECCIÓN 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 cumple memorar que la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:



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

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

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

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

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

Respecto a la posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado, se hace imperioso traer a colación lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, en la que indicó sobre el particular:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se”



esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

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

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

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y 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 SL1019-2022, Radicación No. 87915 del 16 de marzo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

“Por ello se procederá a Condenar a Old Mutual SA hoy Skandia, a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.



Paralelamente, se ordenará a Porvenir SA devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Postura que reitera lo expuesto previamente sobre el particular por esa Alta Corporación entre otras, sentencia SL5047-2021, Radicación No. 83777 del 25 de octubre del 2021 en la que se había indicado lo siguiente:

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

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

COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá el 9 de noviembre de 2023, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Salto de Guatáná Laboral

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado
ACLARO VOTO

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

PROCESO ORDINARIO LABORAL No 39 2022 00211 01 DE RAFAEL SARMIENTO CUADRO contra COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 29 de febrero de los corrientes.

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

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

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MARTHA ANTONIA HUESO SÁNCHEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., con la finalidad que se declare la ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de PROTECCIÓN S.A., por omisión del deber de información, asimismo, de declare la ineficacia de los traslados posteriores a COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido en virtud de su vinculación a ese régimen, tales como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos y gastos de administración, entre otros. A su vez, se ordene a COLPENSIONES afiliarla en el régimen que administra, reciba los mencionados emolumentos y contabilice las semanas cotizadas en el RAIS para efectos pensionales. Por último, solicita se condene a lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, refirió que nació el 26 de noviembre de 1967 y estuvo afiliada desde el 26 de noviembre de 1984 hasta el 30 de octubre de 1998 en el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, en donde alcanzó 408 semanas, y en noviembre de 1998 se trasladó al de Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por medio de PROTECCIÓN S.A., posteriormente se vinculó en diciembre de 2001 con COLFONDOS S.A. y en mayo de 2002 con PORVENIR S.A. en el cual se encuentra afiliada en la actualidad.

Mencionó que los fondos privados al momento de la afiliación le ofrecieron una asesoría general y no personalizada, ya que no le explicó las condiciones, características y requisitos para obtener las prestaciones económicas en el RAIS, no le brindaron una información clara y cierta respecto de los beneficios, ventajas, desventajas y consecuencias que le conllevaría dicho traslado, no le



informó sobre el derecho de retracto, o la oportunidad de retornar al régimen de prima media.

De otra parte, sostuvo que enero de 2022 solicitó su traslado al Régimen de Prima Media a COLPENSIONES y a PORVENIR S.A, pedimento que fue denegado, además, refirió que cuenta con 1003 semanas cotizadas en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones. (archivo 05).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. al contestar se opuso a las pretensiones de la demanda. Al respecto, refirió que el traslado de régimen pensional de la demandante al RAIS, así como los posteriores traslados horizontales son completamente válidos, enfatizando que, si bien se alega una falta de información por parte de los fondos, no es menos cierto que, la estructura y condiciones del RPM y del RAIS se encuentran cabalmente estipulados en la Ley 100 de 1993 y las demás normas complementarias, por lo que no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda.

En su defensa propuso como excepciones las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe. (f. 2 a 36 archivo 10).

COLFONDOS S.A. se opuso a las pretensiones del libelo introductorio, arguyendo que si brindó a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, además la asesoró acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPMPD, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por



COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago. (f. 5 a 24 archivo 12)

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

Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, la innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto y traslado de aportes a otras administradoras de pensiones. (f. 3 a 35 archivo 16).

COLPENSIONES en su contestación se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que la falta de información o el engaño que alega la gestora debe ser probado por ésta, máxime cuando no tuvo injerencia en el acto jurídico de traslado, igualmente el formulario de afiliación da cuenta de que la afiliación al RAIS se realizó con el lleno de los requisitos y en las oportunidades legales, además la activa no manifestó deseo de retractarse.

Propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado a cargo de COLPENSIONES, saneamiento de la nulidad alegada, prescripción, buena fe y la genérica o innominada. (f. 205 a 221 archivo 11).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



El Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 4 de diciembre de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante Martha Antonia Hueso Sánchez, identificada con la C.C. 26.812.592, realizado en noviembre del año 1998 del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado en su momento por PROTECCIÓN S.A., por omitirse el deber de información que rige en materia de seguridad social, de conformidad con lo expuesto.

SEGUNDO: DECLARAR que la demandante Martha Antonia Hueso Sánchez ha estado afiliado al régimen solidario de prima media con prestación definida sin solución de continuidad desde su elección inicial, conforme a lo considerado.

TERCERO: DECLARAR no probados los medios exceptivos formulados por las demandadas, conforme a lo expuesto en la parte considerativa.

CUARTO: CONDENAR a las demandadas Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., Colfondos Pensiones y Cesantías y a la AFP Protección S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones todas las sumas de dinero que están consignadas en la cuenta de ahorro individual de la demandante Martha Antonia Hueso Sánchez, incluidos los rendimientos financieros, así como los porcentajes correspondientes a los gastos y/o comisiones de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia cobrados, al igual que los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, todo con cargo a sus propios recursos durante el tiempo de permanencia de la demandante en cada uno de esos fondos, eventualmente, de los bonos pensionales, si los hubiere o, en su defecto, cuando se rediman.

QUINTO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a que, una vez los Fondos de Pensiones demandados trasladen los recursos a su cargo, los reciba a satisfacción a efectos de reflejarlos en la historia laboral del demandante, con sus respectivos valores, IBC y un detalle pormenorizado de los ciclos de cotización.

SEXTO: CONDENAR en costas a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. En su liquidación, inclúyase la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente por concepto de agencias en derecho a su cargo y a favor de la parte demandante; absolviendo a las demás demandadas de la condena en costas.

SÉPTIMO: CONSULTESE la decisión con el Tribunal Superior- Sala Laboral del Distrito Judicial de Bogotá, en lo desfavorable a COLPENSIONES.”

Para arribar a dicha conclusión, el fallador de instancia trajo a colación los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, a su vez, refirió que conforme lo ha



venido exponiendo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de tiempo atrás, es obligación de los fondos de pensiones suministrar la debida información a sus potenciales afiliados desde el momento en que se efectúa un traslado o cambio del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, en el entendido que permita un traslado libre y voluntario, en tanto, tal actuar puede trazar el futuro pensional del afiliado, y de no darse tales presupuestos se configura la ineficacia del traslado a la luz de lo estatuido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, obligación que existe desde el nacimiento de los fondos privados y se ha dividido en tres etapas. De la misma forma, mencionó que la carga de la prueba en esta clase de procesos está en cabeza de los fondos privados, lo cual no se prueba con el formulario de afiliación, o los posteriores traslados horizontales.

Acorde con lo anterior, y después de analizar las pruebas recaudadas en el curso del proceso, entre ellas, el interrogatorio de parte del cual no se extrae confesión alguna de la actora que dé cuenta que haya recibió información pormenorizada sobre las características y diferencias de ambos regímenes pensionales, concluyó que no se demostró el cumplimiento del deber de información y buen consejo por parte del fondo primigenio hacia la demandante, conforme lo reglado en el artículo 167 del C.G.P.; en consecuencia, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional que realizó la actora y ordenó el retorno a COLPENSIONES de todos los emolumentos que obren en la cuenta individual de ahorros de la gestora, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a la demandada PROTECCIÓN S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PROTECCIÓN S.A. la apeló. Al respecto, solicita se revoque de forma parcial el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia, que ordenó trasladar los rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual de la actora, dado que la actora de forma autónoma y voluntaria decidió trasladarse a COLFONDOS en 2001 y adicionalmente, en la actualidad la afiliación de la demandante se encuentra vigente en PORVENIR y no con ese fondo.



Además, de acuerdo con comunicación adiada el 11 de noviembre de 2022, la cual fue aportada con la contestación, se advierte que trasladó la totalidad de los aportes que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la actora hacia COLFONDOS, entre ellos los rendimientos financieros que se ordenan retornar a COLPENSIONES, de ahí, que en la cuenta de ahorros que tenía con esa administradora se encuentre en ceros.

PORVENIR S.A. en su apelación, manifiesta su inconformidad frente a la orden de trasladar los aportes efectuados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima con cargo a sus propios recursos, en tanto, esa condena no tiene sustento jurídico, dado que los efectos de la ineficacia es devolver las cosas a su estado inicial, pues ello equivaldría a una sanción injustificada que no guarda ninguna correspondencia con los efectos jurídicos de la eficacia y las restituciones mutuas que de ello puedan derivarse.

COLFONDOS S.A. en su alzada, manifiesta su disenso frente a la orden de devolver los gastos de administración y las demás primas que se causaron mientras la afiliada estuvo vinculada a ese fondo, los cuales ejecuto de buena fe, rubros que además tienen su sustento en la ley; además expuso que no participó en el traslado inicial, por lo que no debe asumir las consecuencias de las actuaciones de terceros, como sucede frente a PROTECCIÓN, quien intervino en el traslado de régimen, de manera que tal decisión afecta los recursos de las administradoras de pensiones, agregando que los rendimientos no son una característica propia del Régimen de Prima Media, por lo que deben ser compensados con los gastos de administración y las primas de seguros previsionales.

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.

Ahora bien, 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.

Al respecto, 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 de 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 obra formulario de afiliación por medio del cual la actora se trasladó del Régimen de



Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 9 de septiembre de 1998 por medio de PROTECCIÓN S.A., igualmente, se aportan los formularios de afiliación a COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. efectuados el 1 de octubre de 2001 y el 27 de mayo de 2002, vinculaciones que según el certificado SIAFP se hicieron efectivas el 1º de noviembre de 1998, 1º de diciembre de 2001 y el 1º de julio de 2002. (f. 47 archivo 16 y f. 37 y 68 archivo 10 y f. 26 archivo 12)

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”*.

De otro lado, la demandante MARTHA ANTONIA HUESO SANCHEZ en el interrogatorio de parte que depuso, adujo que en el año 1998 estando al servicio de una farmacéutica, fue convocada a una reunión con otros directivos de la empresa y asesores de PROTECCIÓN, quienes le dijeron que en ese fondo se podría pensionar con una mesada más alta y de forma anticipada, así como que el ISS sería liquidado, por lo que debía trasladarse, a lo cual accedió, por ende, procedió a firmar el formulario de afiliación que ya estaba previamente diligenciado; que no hizo preguntas por cuanto estimó que solo eran beneficios y además que al estar respaldado por la empresa les convenía. Sobre su traslado a COLFONDOS y a PORVENIR expuso que se dio en condiciones similares, pues en cada ocasión los asesores ofrecían mayores rendimientos.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de PROTECCIÓN S.A. al momento del traslado de la demandante, según lo adoctrinado por 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 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 perjudicarlo
Deber de información,	Ley 1748 de 2014	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1998, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP PROTECCIÓN S.A., no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen de la promotora.

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

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

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

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

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



“pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros 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, los cuales como viene de verse deben estar cubiertos con el propio patrimonio de los fondos privados.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado frente a COLPENSIONES, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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

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

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado



con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados».

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

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

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

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

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



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

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

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

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas 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 SL1019-2022, Radicación No. 87915 del 16 de marzo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

“Por ello se procederá a Condenar a Old Mutual SA hoy Skandia, a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Paralelamente, se ordenará a Porvenir SA devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Posición esta última que reitera lo indicado con antelación por esa Alta Corporación en sentencia SL5047-2021, Radicación No. 83777 del 25 de octubre del 2021 en la que se indicó lo siguiente:

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



mínima, estos tres últimos conceptos con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que permaneció inscrita en cada administradora, debidamente indexados” (Subrayado por la Sala)

De lo anterior, dimana con claridad que no erró el *a-quo* en la decisión de primera instancia. Sin embargo, estima la Sala necesario adicionar el numeral cuarto de la sentencia de primer grado, en el sentido de CONDENAR a PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES los gastos de administración, los seguros previsionales y el aporte al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados en porción al tiempo en que estuvo vinculada la demandante a esas administradoras de pensiones. En cuanto a la inconformidad que manifiesta PROTECCIÓN frente a la orden de primer grado de devolver los rendimientos, debe indicarse que la misma se entiende, solo procede en caso de que no se hayan remitido tales rubros en su debida oportunidad en su integridad, por ese motivo no se revoca tal decisión. En lo demás, habrá de confirmarse en su integridad la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 4 de diciembre de 2023 por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de CONDENAR a PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES los gastos de administración, los seguros previsionales y el aporte al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados en porción al tiempo en que estuvo vinculada la demandante a esas administradoras de pensiones, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

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



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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado
ACLARO VOTO

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



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

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

PROCESO ORDINARIO LABORAL No 40 2022 00219 01 DE MARTHA ANTONIA HUESO SANCHEZ contra PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 29 de febrero de los corrientes.

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

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

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

Ordinario Laboral 1100131050 45 2023 00009 01
Demandante: LUZ MIREYA GARCÍA LÓPEZ
Demandados: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES en contra de la sentencia proferida el 24 de enero de 2024 por el Juzgado Cuarenta y Cinco 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 MIREYA GARCÍA LÓPEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A., con la finalidad que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación o el traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en septiembre de 1998 a través de COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., y su posterior traslado a COLFONDOS S.A. en febrero de 2004 por vicio en el consentimiento.



Como consecuencia de tales declaraciones, pretende que se condene a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, descuentos o sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y los rendimientos que se hubieren causado. A su vez, se ordene a COLPENSIONES la reciba en el régimen que administra y active su afiliación sin solución de continuidad, se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho, más lo que resulte probado de maneta *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, refirió que estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales – ISS, desde enero de 1990 hasta agosto de 1998, en donde alcanzó a cotizar 220 semanas; y que en septiembre de 1998 se trasladó de régimen pensional a través de COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. cuando ingresó a laborar en la sociedad CONSTRUCCIONES Y MONTAJES INDUSTRIALES, vinculación que se llevó a cabo por solicitud de empleador como requisito para ingresar a laborar, sin mediar asesoría frente a los regímenes pensionales y sin estar presente un asesor del fondo.

Añadió que el fondo privado nunca le brindó asesoría sobre las características del nuevo régimen, lo requisitos para acceder a la prestación de vejez en el mismo y sin efectuar una proyección pensional en donde se establecieran las diferencias entre ambos regímenes pensionales, tampoco le informó sobre el derecho de retracto. De otra parte, precisó que se trasladó de manera horizontal a COLFONDOS S.A. en febrero de 2004 y que ninguno de los dos fondos le informó sobre la posibilidad de regresar al régimen de prima media previo a estar inmersa en la prohibición legal de traslado, agregando que a noviembre de 2022 cuenta con 1409 semanas. Por último, expuso que radicó petición ante PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES en octubre de 2022 solicitando la nulidad o ineficacia del traslado, pedimento que fue negado. (f. 5 a 18 archivo 01).

El Juzgado de origen mediante auto adiado el 2 de mayo de 2023, admitió la demanda y dispuso AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO y al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.



1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, arguyendo que no existe vicio en el consentimiento ni causal de ineficacia, por cuanto cumplió a cabalidad con su deber de asesoría lo que se ratifica con la suscripción del formulario de afiliación en el cual expresa constancia de haber adoptado la determinación de vincularse de manera libre, voluntaria y sin presiones.

Como excepciones propuso las de prescripción, buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aceptación tácita de las condiciones del RAIS y enriquecimiento sin causa derivado de la omisión de la figura de restituciones mutuas. (f. 1 a 29 archivo 05)

COLPENSIONES en su contestación se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que dentro del expediente no obra prueba de que a la demandante se le haya hecho incurrir en error por falta al deber de información por parte de las AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, esto es, error, fuerza o dolo; así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesta que permita inferir inconformidad por parte de la demandante, por el contrario se observa que las documentales se encuentra sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, igualmente en el presente caso el demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, para poderse trasladar de régimen en cualquier tiempo.

Propuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (f. 1 a 37 archivo 06).

COLFONDOS S.A. al contestar se opuso a las pretensiones de la demanda. Al respecto, refirió que la afiliación de la demandante al RAIS se presentó en virtud de su derecho a libremente escoger el fondo de pensiones que administra sus aportes, siendo el RAIS su elección. Además, los asesores de ese fondo le



brindaron una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado horizontal, en la que se le asesoró acerca de las características del RAIS, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre ambos regímenes pensionales, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, el derecho de retractación y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en uno u otro régimen pensional.

En su defensa propuso las excepciones de prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, 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 RAIS y ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A. (f. 1 a 18 archivo 07)

La NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO, se opuso a las pretensiones del *petitum* indicando que no cumple funciones de administradora del Sistema General de Pensiones, por tanto, no tiene competencia para decidir sobre solicitudes de reconocimientos y pago de derechos pensionales de sus afiliados, ni es competente para determinar la afiliación o traslado de las personas entre regímenes pensionales, ya que por mandato legal ello corresponde a las administradoras del Sistema General de Pensiones, sin que la Oficina de Bonos Pensionales tenga injerencia alguna en la decisión que al respecto adopte el interesado frente a pertenecer al RPMPD o al RAIS.

Como excepciones formuló las de la suerte de lo accesorio sigue la suerte de lo principal, buena fe, prescripción y la genérica. (f. 1 a 21 archivo 09)

En cuanto al llamamiento en garantía que elevó COLFONDOS S.A., respecto a AXA COLPATRIA S.A., aduciendo que, en caso de ser condenada, esa aseguradora debe reembolsar los valores pagados por concepto de seguro previsional; fue aceptado mediante auto adiado el 04 de septiembre de 2023. (archivo 08, 13 y 14).

En esa medida, AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda y del llamamiento en garantía, refiriendo que solo resulta procedente en aquellos casos en los cuales fuera exigible al llamado en



garantía, indemnización de perjuicios o reembolso de dineros por los cuales resulte condenada la entidad demandada como principal en el proceso, lo cual no es el caso ya que en el presente asunto se reclama la ineficacia del traslado de régimen pensional.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, prescripción, compensación y la innominada o genérica. (f. 1 a 29 archivo 16).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarenta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 24 de enero de 2024, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por LUZ MIREYA GARCIA LOPEZ, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y que se hizo efectivo el 1° de septiembre de 1998. En consecuencia, DECLARAR 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 PORVENIR S.A. fondo en el que se encuentran los dineros de la demandante actualmente, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora 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 de las primas del seguro previsional, debidamente indexados a la fecha de entrega a COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a la AFP COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a remitir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, los dineros que recaudó por concepto de cuotas y gastos de administración durante el tiempo que perduró la aparente afiliación a ese fondo debidamente indexadas, conforme quedó explicado en la presente providencia.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir los dineros provenientes de PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A 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.



SEXO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO: DECLARAR PROBADA la excepción propuesta de inexistencia de la obligación propuesta por AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., y en consecuencia, absolverla de las pretensiones elevadas en su contra, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

OCTAVO: ABSOLVER al MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO, de las pretensiones elevadas en su contra, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

NOVENO: CONDENAR en costas a PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES. Fíjese como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente a cargo de cada una de ellas y a favor de la demandante.

DECIMO: CONSÚLTESE, la presente decisión en favor de COLPENSIONES ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, en los términos del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.”

Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia hizo mención del artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993 que versa sobre la selección de régimen pensional, elección que debe ser libre e informada y que de no acreditarse conlleva la sanción establecida en el artículo 271 del mismo compendio normativo, asimismo, la jurisprudencia ha enseñado que el deber de información existe desde el nacimiento de los fondos privados, lo cual no se prueba con la firma del formulario de afiliación, deber que se ha enmarcado en tres etapas diferentes, según lo ha expuesto la reiterada jurisprudencia, elección que presupone un conocimiento el cual solo es posible cuando se comprende a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole, carga probatoria que está a cargo del fondo privado.

Así las cosas, después de analizar las pruebas recaudadas en el trámite procesal, entre ellas el interrogatorio de parte, evidenció que no se había cumplido con la carga probatoria que le asistía a la encartada COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., al tenor de lo preceptuado en el artículo 167 del C.G.P., en esa medida, la *a-quo* declaró la ineficacia del traslado, junto con el consecuente traslado de los respectivos emolumentos a que haya lugar, en la forma que se indica en la sentencia, declaró no probada la excepción de prescripción.

Sobre el llamamiento en garantía a AXA COLPATRIA, concluyó que el objeto que ampara las pólizas que suscribió con COLFONDOS no tiene relación con la



ineficacia del traslado que se debate, por ende, absolvió a esa llamada en garantía de las pretensiones elevadas en su contra. Absolvió al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO de las pretensiones de la demanda, en tanto a la fecha no se ha llevado ningún trámite de bono pensional. Finalmente, condenó en costas a COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A y COLPENSIONES.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLFONDOS S.A. la apeló. Al respecto, precisó que la afiliación de la demandante se llevó a cabo en el año 2004, cuando no existía obligación diferente para las administradoras de fondos de pensiones de brindar información completa, veraz y eficaz, lo que sucedió en este caso, sin que fuera dable aportar prueba diferente al formulario de afiliación, aclarando que el actor de traslado a ese fondo proveniente de otro fondo de pensiones del RAIS, además, la obligación de elaborar proyecciones pensionales solo surgió hacia el año 2009 y 2010, por lo anterior, no se acreditan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, al contrario se demostró que su actuar estuvo ceñido a lo dispuesto en la ley, por lo que solicita se le absuelva de las pretensiones incoadas en la demanda y no se emita condena en costas en su contra.

PORVENIR S.A. en su alzada señala que se probó que la actora suscribió formulario de afiliación a COLPATRIA, HORIZONTE y PORVENIR de forma libre y voluntaria, de manera que no hay lugar a declarar la ineficacia del traslado y ordenar el traslado de los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima de forma indexada, ya que tal orden genera un enriquecimiento sin causa a favor del RPMPD, pues ello es concluir que los citados rubros se devaluaron, lo cual no es así, pues al contrario en ese fondo se generaron rendimientos con los cuales se compensa la indexación, postura que ha sido acogida por el Tribunal Superior de Cali. Por último, sostuvo que no es viable acceder al traslado ya que el actor se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado.

COLPENSIONES en su apelación señala que en el trámite procesal no se evidenció que existiera un vicio en el consentimiento en cuanto al acto de traslado de régimen que realizó la gestora, de modo que no se puede alegar una falta de información, ya que los afiliados también tienen a su cargo unas obligaciones, sin



que se pueda excusar en un desconocimiento de la ley muchos años después. De otro lado, sostuvo que la condena en costas no es viable ya que su negativa a negar el traslado de la actora estuvo sustentado en una prohibición legal de traslado, por lo que solicita no se emita condena en tal sentido.

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.

Ahora bien, 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.

Al respecto, 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 de si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación por medio del cual la actora se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 8 de julio de 1998 por medio de COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., a su vez, se aportaron los formularios de afiliación a COLFONDOS y HORIZONTE hoy a PORVENIR S.A. mediante los cuales se afilió a esos fondos el 18 de diciembre de 2003 y el 14 de julio de 2005. Vinculaciones que según el certificado SIAFP se hicieron efectivas el 1º de septiembre de 1998, 1º de febrero de 2004 y 1º de septiembre de 2005. (f. 98, 108 y 109 archivo 05 y f. 168 archivo 01)

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”.*

De otro lado, se recibió el interrogatorio de parte de la actora LUZ MIREYA GARCÍA LÓPEZ, quien expuso que su traslado de régimen a través de COLPATRIA se dio cuando fue suscribió el formulario a efectos de ingresar a laborar, no

obstante, no recuerda haber leído los documentos, además la vinculación a HORIZONTE se dio cuando se vinculó con otro empleador sin que estuviese presente un asesor, afiliaciones que firmó de manera voluntaria, pero desconociendo los pormenores de la decisión.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información de parte de COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. al momento del traslado de la demandante, por lo que, según lo adocinado por 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 que guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales

Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría 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 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 a declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen de la promotora.

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

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro



individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

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

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

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros 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, rubros que como viene de verse, deben ser asumidos por los fondos privados con su propio patrimonio.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado frente a COLPENSIONES, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES, a través del

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas de la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima



Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual, desestimándose así los argumentos expuestos por las encartadas en su alzada sobre tales aspectos.

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 presentan COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES respecto a la condena en costas, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, o la que se resuelva de forma desfavorable la apelación, luego, al haber sido evidente que esas accionadas se opusieron a las pretensiones de la demanda, presentaron excepciones y la apelación le fue resuelta desfavorablemente, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas en contra de esas encartadas. Al tema, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

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



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

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

“Por ello se procederá a Condenar a Old Mutual SA hoy Skandia, a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Paralelamente, se ordenará a Porvenir SA devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Posición esta última que reitera lo indicado con antelación por esa Alta Corporación en sentencia SL5047-2021, Radicación No. 83777 del 25 de octubre del 2021 en la que se indicó lo siguiente:

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



De lo anterior, dimana con claridad que no erró la *a-quo* en la decisión de primera instancia. Sin embargo, estima la Sala necesario modificar y adicionar los numerales segundo y tercero de la sentencia de primer grado, en el sentido de precisar que las sumas que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES de forma indexada corresponde a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima. Asimismo, se condena a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES además de los gastos de administración, lo correspondiente a aportes al fondo de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, estos tres conceptos debidamente indexados al momento de su pago. En lo demás, habrá de confirmarse en su integridad la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR Y ADICIONAR la sentencia proferida el 24 de enero de 2024 por el Juzgado Cuarenta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de precisar que las sumas que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES de forma indexada corresponde a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima. Asimismo, se condena a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES además de los gastos de administración, lo correspondiente a aportes al fondo de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, estos tres conceptos debidamente indexados al momento de su pago, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

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



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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado
ACLARO VOTO

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

PROCESO ORDINARIO LABORAL No 45 2023 00009 01 DE LUZ MIREYA GARCÍA LÓPEZ contra COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 29 de febrero de los corrientes.

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

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

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado