



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

Ordinario Laboral 1100131050 **02 2018 00689 01**
Demandante: LUZ STELLA PLAZAS MOZO
Demandados: COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo 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, en los términos y fines del poder conferido.

Igualmente, se reconoce personería para actuar en representación de la AFP SKANDIA S.A. a la profesional del derecho LEIDY JOHANNA OPAYOME BUITRAGO, identificada con cédula de ciudadanía 52.805.671 y T.P. 392.946 del C. S. de la Judicatura, en los precisos términos del poder a ella otorgado.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, en contra de la sentencia proferida el 14 de febrero de 2024 por el Juzgado Segundo 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 LUZ STELLA PLAZAS MOZO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A., a fin de declararse la existencia del vicio del consentimiento que la indujo al error en su afiliación con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ante la falta del deber de información por parte de la AFP PROTECCIÓN S.A. y, por consiguiente, la nulidad de dicho acto jurídico, de allí que se declare que para todos los efectos legales ha permanecido afiliada sin solución de continuidad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Por consiguiente, se condene a SKANDIA S.A., AFP donde se encuentra afiliada actualmente, a retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES los aportes efectuados.

En últimas, 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, refirió que nació el 8 de junio de 1972, afiliándose al sistema general de seguridad social en pensiones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida por el periodo comprendido entre el 1º de diciembre de 1989 y el 30 de noviembre de 1999.

Que para el mes de noviembre de 1999 efectuó traslado con destino del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A., el cual se llevó sin la debida información por parte del asesor de la AFP ya que se le indicó que en el régimen privado su pensión sería superior a la del régimen público, que el ISS se extinguiría, así como que sus aportes pensionales podrían ser retirados en cualquier momento.

Que no se le informó la forma en que se liquidaban las pensiones en ambos regímenes, ni ningún aspecto financiero de cómo se liquidaría la prestación,

diferencia de los regímenes pensionales, entre otros aspectos de desinformación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, indicando para lo pertinente que el formulario de afiliación suscrito por la actora con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se efectuó de manera libre, voluntaria, consciente y sin presiones, sumado a que se encuentra dentro de la prohibición legal contenida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, el error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, e innominada o genérica.

SKANDIA S.A. indicó que la afiliación de la demandante ante sus dependencias fue precedida de una debida asesoría, ello con la finalidad de que tomara una decisión libre y voluntaria, aspecto que se corrobora con lo expuesto en el formulario de afiliación.

Impetró las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa, inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica.

Por su parte PROTECCIÓN S.A. arguyó que el traslado de la actora al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad versó en un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, afiliación que se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, lo que conllevó a su solemnidad.

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

En este punto, es menester poner de presente que el *a-quo* en proveído calendado el 26 de noviembre de 2020 dispuso la vinculación al trámite

procesal de la AFP PORVENIR S.A. como litisconsorcio necesario (Fls. 325 a 330 – PDF 01 EXPEDIENTE FÍSICO).

Por tal razón, PORVENIR S.A. contestó la demanda manifestando que el traslado de la demandante fue completamente válido, ya que estuvo precedido de una asesoría oportuna, profesional, informada y ajustada a lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 663 de 1993.

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

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 14 de febrero de 2024, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO que realizó la señora, PLAZAS MOZO LUZ STELLA identificada con cédula de ciudadanía No. 52.095.791, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., efectuada mediante formulario de fecha 16 de noviembre de 1999 y consecuentemente la efectuada a ING PENSIONES hoy PROTECCIÓN S.A. el 01 De abril de 2000, la efectuada a PORVENIR S.A. el 27 de marzo de 2002; la realizada a SANTANDER hoy PROTECCIÓN de fecha 30 de septiembre de 2005 y la realizada a SKANDIA S.A. el 25 de abril de 2012, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: CONDENAR a SKANDIA S.A., a que TRANSFIERA dentro de los cuarenta y cinco (45) días todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, LUZ STELLA PLAZAS MOZO identificada con cédula de ciudadanía No. 52.095.791, junto con las sumas correspondientes a rendimientos y comisiones por la administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

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

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

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación realizada el 15 de diciembre 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 a futuro de la pensión de la señora PLAZAS MOZO LUZ STELLA identificada con cédula de ciudadanía No. 52.095.791, en el régimen de prima media con prestación definida una vez se encuentre ejecutoriado el presente fallo.

CUARTO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos por el tiempo de permanencia de la demandante.

Al momento de que las AFP demandadas cumplan la orden, los conceptos objeto de devolución deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos ingresos base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifique.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por la demandada.

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

SÉPTIMO: CONDENAR en costas a la parte accionada la SOCIEDAD 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) salario mínimo legal mensual vigente en favor de la demandante.

OCTAVO: Por haber sido condenada Colpensiones y fungir la Nación como garante, remitir el proceso al TSBTA en grado jurisdiccional de consulta en su favor si la presente decisión no fuere apelada.

NOVENO: Por Secretaría y previo a remitir el expediente al TSBTA, remítase 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.”

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 la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. el 16 de noviembre de 1999 y demás traslados horizontales, 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 COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., ING hoy PROTECCIÓN S.A., SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. 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.

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, argumentando la inconformidad respecto de la devolución de los gastos de administración, por cuanto los mismos como su naturaleza jurídica lo indica, son recursos destinados a la administración y buen manejo de las contingencias pensionales de los afiliados del sistema general de pensiones, razón por la cual no se

encuentran destinados al financiamiento de la pensión de vejez, por lo que ordenar la devolución de dichos conceptos se configuraría un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES.

De otra parte, adujo que en lo que respecta a las primas de seguro previsional que cubren la invalidez y muerte, esos recursos no hacen parte de las arcas que administra, sino que hacen parte de la aseguradora, de allí que no sea procedente la devolución.

PORVENIR S.A. arguyó que cumplió con la carga de la prueba establecida en el artículo 167 del C.G.P., toda vez que con la contestación de la demanda se allegó el formulario de afiliación suscrito por la demandante, prueba más que suficiente acerca de la debida asesoría y buen consejo, máxime si para el año 2002 no existía documento adicional que la afiliación, máxime si cuando se produjo el traslado horizontal la demandante se encontraba dentro de la prohibición legal contenida en la Ley 797 de 2003.

Que no debe prosperar la devolución de gastos de administración, seguros previsionales, entre otros de manera indexada, ya que de conformidad con lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, se descontó lo legalmente regulado para gastos, generándose así una rentabilidad que no puede ser desconocida, más aún si se adquirió una póliza de aseguramiento de los cuales la actora estuvo amparada.

En lo que atañe al fondo de garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos que se ordenara en primer grado, los fondos privados son los únicos competentes para administrar dicho dinero, como quiera que el mismo va dirigido a una sub cuenta y que tienen por finalidad financiar prestaciones económicas de aquellos afiliados que no completan el capital para poder ser beneficiarios de la pensión de vejez, de modo que COLPENSIONES no cuenta con la potestad de administrar tales recursos.

Por último, expresó que no ha de prosperar la indexación ya que inclusive en la actualidad se han generado rendimientos, sin que se haya afectado el patrimonio de la aquí demandante, así como que debe analizarse la excepción de prescripción.

COLPENSIONES argumentó que la demandante se afilió al RAIS producto de una decisión libre, consiente y voluntaria, de ahí que no sea posible el retorno de la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fueron aportados los formularios de afiliación y el reporte del SIAFP expedido por ASOFONDOS, los cuales dan cuenta que la demandante se trasladó al Régimen de Ahorro Individual por intermedio de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. el 16 de noviembre de 1999, efectuando traslados horizontales con destino a ING hoy PROTECCIÓN S.A. el 1º de abril de 2000, PORVENIR S.A. el 27 de marzo de 2000, SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. el 30 de septiembre de 2005, PORVENIR S.A. el 25 de junio de 2013 y SKANDIA S.A. el 25 de abril de 2012, última AFP donde se encuentra vinculada en la actualidad (Fls. 31, 235 y 236 – PDF 01 EXPEDIENTE FÍSICO y fls. 29 a 30 – PDF 15 CONTESTACIÓN PORVENIR S.A.), formularios que, si bien refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acreditan que en efecto se haya suministrado 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, la aquí demandante señora LUZ STELLA PLAZAS MOZO 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, modalidades por vejez dentro del régimen privado, el derecho de retracto, etc.

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

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

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales



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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 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 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, dimana con claridad que no erró la *a quo* en la decisión de primera instancia. Sin embargo, encuentra la Sala la necesidad de aclarar la sentencia, en el sentido de indicar que la indexación procede exclusivamente respecto de los conceptos de gastos de administración, primas por seguros previsionales de sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos.

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

COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas SKANDIA S.A., PORVENIR S.A. y COLPENIONES como quiera que los recursos de apelación no gozaron con vocación de prosperidad.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

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

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

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes SKANDIA S.A., PORVENIR S.A. y COLPENIONES. 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

En uso de permiso
LUIS CARLOS GONZÁLEZ V.
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 05 2021 00150 01
Demandante: GLADYS CAICEDO SERNA
Demandados: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLFONDOS S.A. al abogado NESTOR EDUARDO PANTOJA GÓMEZ, identificado con cédula de ciudadanía 1.085.288.587 y T.P. 285.871 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandada COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., en contra de la sentencia proferida el 1º de diciembre de 2023 por el Juzgado Quinto 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:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

La señora GLADYS CAICEDO SERNA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin de declararse la nulidad del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A., y de ser el caso, se declare la nulidad de los demás traslados horizontales que haya efectuado. Asimismo, se declare que para todos los efectos legales siempre ha estado afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida que administra COLPENSIONES.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, pretende se condene a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES, todos los valores que hubieren recibido con motivo de su vinculación a ese fondo, tales como, cotizaciones, rendimientos, intereses y demás frutos generados, junto con los gastos de administración. A su vez, solicita se condene a lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*, más las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que cotizó para los riesgos de invalidez, vejez y muerte inicialmente en el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES, y que a partir de septiembre de 1994 se trasladó Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR, sin un consentimiento libre e informado.

En esa medida, radicó petición el 25 de junio de 2020 ante el fondo privado solicitando los soportes de su afiliación a esa administradora, ante lo cual esa encartada sostuvo en respuesta adiada el 14 de julio de 2020 que no había ningún soporte documental. Además, expuso que solicitó el 27 de agosto de 2020 a COLPENSIONES la nulidad de su traslado de régimen y que lo aceptara como afiliado en el régimen que administra, pedimento que negó la entidad.

Respecto al traslado de régimen pensional, adujo que previamente no se le realizó una proyección de su mesada pensional, tampoco se le informaron las implicaciones que el cambio de régimen conllevaría, es decir, que no le indicaron de forma clara, completa y fehaciente las consecuencias legales y económicas que tendría tal cambio; pues el asesor del fondo solo le indicó que el ISS desaparecería y por ende podía perder las cotizaciones que efectuó a esa

administradora. De otro lado, agregó que de continuar afiliada al RPMPD su mesada sería superior a la que percibiría en el RAIS. (f. 19 a 30 archivo 02)

Por auto adiado el 7 de diciembre de 2022, el Juzgado de origen dispuso, integrar al contradictorio a COLFONDOS S.A. (archivo 19)

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones del libelo genitor, aduciendo que la demandante se trasladó al RAIS de manera libre y voluntaria a través de PORVENIR S.A., en ejercicio de su derecho de libre escogencia de régimen pensional, explicando que si bien desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar mediante las cuales se llevó a cabo la asesoría, lo cierto es, que si la actora decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características de dicho régimen, se debió a la información que le fue brindada por parte de los asesores del fondo privado que efectuaron el traslado, además, en el trámite procesal no obra prueba que permita evidenciar el vicio en el consentimiento que alega la gestora al momento de su afiliación, lo cual lleve a invalidar la afiliación.

En su defensa formuló la excepción previa de falta de integración al contradictorio - no comparecer la demanda todos los litisconsortes necesarios, la cual en audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., se declaró no probada al haberse integrado al contradictorio previamente a COLFONDOS S.A.

Como excepciones de mérito propuso 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 C.P., 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 SL373 de 2021 y la innominada o genérica. (f. 2 a 23 archivo 05).

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones elevadas en su contra, arguyendo que el traslado a COLPATRIA el 15 de abril de 1996, fue producto de una decisión libre e informada, luego de que la actora recibiera información de manera, clara precisa, veraz y suficiente de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, en la que se indica lo referente al funcionamiento, características y condiciones del RAIS, las implicaciones de del traslado y los requisitos para pensionarse bajo ese régimen, motivo por el cual, la decisión de suscribir el formulario fue producto de una decisión libre, espontánea e informada de conformidad con el literal e) del artículo 13 de la Ley de 1993, documento que se presume auténtico.

Propuso como excepción previa la de inepta demanda por falta de integración del litisconsorcio necesario, la cual en audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., se declaró no probada al haberse integrado al contradictorio previamente a COLFONDOS S.A.

Como excepciones de fondo enlistó las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (f. 2 a 29 archivo 16).

COLFONDOS S.A. al contestar se opuso a las pretensiones del libelo introductorio aduciendo que, no existen presupuestos de hecho ni de derecho para despachar favorablemente las pretensiones, enfatizando que la demandante se encuentra válidamente vinculada al RAIS.

Como excepciones formuló 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 RAIS y ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A. (f. 3 a 18 archivo 22)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 1º de diciembre de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de traslado de régimen pensional de prima media al de ahorro individual, realizado por la señora GLADYS CAICEDO SERNA a través de COLPATRIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., hoy PORVENIR S.A.

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

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

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

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* refirió que el Alto Tribunal de cierre de esta especialidad ha sentado una línea jurisprudencial en torno al tema de la nulidad del traslado de régimen desde la sentencia de 9 de septiembre de 2008 con Radicación No. 31989, hasta las más recientes como la SL1421 de 2019, SL5686 de 2021 y SL 932 de 2023, en las que se ha precisado que en estos asuntos no procede la declaratoria de la excepción de prescripción, la carga de la prueba radica en cabeza de las administradoras de pensiones las cuales tienen el deber de demostrar en estos juicios la información que se le brindó al afiliado respecto de las ventajas y desventajas de ambos regímenes, lo cual no se prueba con los formatos pre-impresos, aclarando que la actora se trasladó de régimen a COLPATRIA, posteriormente a PORVENIR S.A. y luego a COLFONDOS S.A.

De otro lado, mencionó que la jurisprudencia ha señalado que no es necesario que las personas sean o no beneficiarias del régimen de transición, o haber cumplido los requisitos para pensionarse, lo cual no es argumento para no acceder a la protección que se solicita por la falta al deber de información, máxime cuando no confesó haber recibido la información que se echa de menos, aspectos que ha tenido en cuenta el órgano de cierre de esta especialidad, por lo que era viable la declaratoria de la ineficacia del traslado, ordenando la devolución de los emolumentos que obren en la cuenta de la actora, por último, condenó en costas a PORVENIR S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Inconforme con la decisión la demandante COLPENSIONES la apeló. Al respecto, adujo no estar conforme con la decisión del *a-quo* de no aplicar la prohibición legal en la cual se encuentra inmersa la demandante, en el entendido que esa norma no genera para la actora un desmedro en sus derechos pensionales, pues si cumple con los requisitos de ley en uno u otro régimen podrá ser pensionada por vejez; además, el artículo 2 de la Ley 797 del 2003 no tiene un talante prescriptivo o extintivo de derechos, pues su espíritu es conservar el principio de solidaridad que rige al régimen de prima media.

De otro lado, sostuvo que la gestora lleva 27 años sin cotizar en ese régimen, luego, no ha contribuido al principio de solidaridad que rige el sistema general de pensiones y en tal sentido sus cotizaciones no ayudaron a financiar las pensiones de los demás pensionados de ese régimen, igualmente señala que no le constan los hechos de la demanda al tratarse de un acto jurídico celebrados por terceros, situación que no ha sido debidamente analizada por los operadores judiciales lo que genera una desfinanciamiento del sistema pensional y afecta el principio constitucional de la primacía del bien general sobre el bien particular.

COLFONDOS S.A. en su alzada señala que la sentencia de instancia genera un detrimento para ese fondo en el entendido que se ve afectada con la orden de entregar los frutos, rendimientos e intereses.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

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

irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 la demandante se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Ahorro Individual con Solidaridad a través COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. el 15 de abril de 1996; además se allega el formulario de afiliación a PORVENIR S.A. el 16 de febrero de 2000, vinculaciones que se hicieron efectivas según el reporte SIAFP, el 1º de junio de 1996 y el 1º de abril de 2000. Además, obra certificación expedida por COLFONDOS S.A. el 2 de mayo de 2023 en la que se indica que la promotora se encuentra afiliada actualmente a ese fondo desde el 1º de julio de 2015. (f. 74, 78 y 79 archivo 16)

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

Por otra parte, la demandante GLADYS CAICEDO SERNA en el interrogatorio de parte a ella practicado, expuso que la Fundación Cardio Infantil a la cual prestaba sus servicios, la trasladó al año siguiente de su ingreso a PORVENIR S.A., agregando que su vinculación con ese empleador fue en 1986; en cuanto a COLPATRIA refirió que tiene productos financieros con esa entidad, pero no recuerda una afiliación a pensión. Frente a su afiliación a COLFONDOS señaló que la misma se hizo por cuanto adquirió productos con COLPATRIA.

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 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 cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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

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



	Circular Externa No. 016 de 2016	

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1996, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la PORVENIR S.A. antes COLPATRIA, 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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, lo que evidencia que los argumentos de COLPENSIONES al respecto, no gozan de prosperidad.

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*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 primero en el sentido de declarar igualmente ineficaces los traslados horizontales que realizó la demandante posteriormente a PORVENIR S.A. y a COLFONDOS S.A.

Igualmente, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de condenar a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES además de los conceptos indicados en la sentencia de primer grado, los bonos pensionales si a ello hay lugar, junto con los gastos de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debiendo indexar estos tres últimos conceptos al momento de su devolución. A su vez, se condena a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES las sumas que descontó por gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima por el tiempo que la actora estuvo afiliada a ese fondo y a COLPATRIA, conceptos que deben ser indexados al momento de su devolución.

En lo demás, habrá de confirmarse la sentencia de instancia. **COSTAS** en esta instancia a cargo de las apelantes.

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 diciembre de 2023 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de declarar, igualmente ineficaces los traslados horizontales que realizó la demandante posteriormente a PORVENIR S.A. y a COLFONDOS S.A., conforme se indicó en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral segundo primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido condenar a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES además de los conceptos indicados en la sentencia de primer grado, los bonos pensionales si a ello hay lugar, junto con los gastos de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debiendo indexar estos tres últimos conceptos al momento de su devolución. A su vez, se condena a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES las sumas que descontó por gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima por el tiempo que la actora estuvo afiliada a ese fondo y a COLPATRIA, conceptos que deben ser indexados al momento de su devolución, de acuerdo a las razones expuestas en la parte considerativa de esta decisión.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado, por los motivos referidos con antelación.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

En uso de permiso
LUIS CARLOS GONZÁLEZ V.
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 05 2022 00412 01
Demandante: PILAR JIMÉNEZ GÓMEZ
Demandados: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo 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 C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

AUTO:

Previo a resolver los recursos de apelación interpuestos en contra de la sentencia de primer grado y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto proferido el 7 de noviembre de 2023 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, por medio del cual declaró no probada la excepción previa de ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones, propuesta por PORVENIR S.A.

I.- ANTECEDENTES:

La señora PILAR JIMÉNEZ GÓMEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin de declararse de forma principal la 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 PORVENIR S.A., igualmente, entre otros,

pretende se condene al fondo a pagar perjuicios morales causados en monto de doscientos salarios mínimos mensuales legales vigentes, o los que estime conveniente el operador judicial.

Admitida la demanda en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., mediante auto adiado el 1º de febrero de 2023. Ésta última convocada a juicio, al contestar propuso la excepción previa de ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones, la cual sustentó, argumentando que en el acápite de pretensiones del escrito inicial de la demanda se solicita en el numeral 1º la ineficacia de la afiliación y posteriormente, en el numeral 7º el reconocimiento y pago de indemnización de perjuicios morales, peticiones que se excluyen entre sí, razón por la cual debieron pedirse de manera principal o subsidiaria a consideración de la parte actora.

Luego, es evidente la indebida acumulación de pretensiones en contravía de lo estipulado en el artículo 25-A numeral 2º del C.P.T. y de la S.S., excepción que sustenta conforme lo normado en el numeral 5º del artículo 100 del G.G.P. Así las cosas, expone que no pueden acumularse en una demanda pretensiones principales cuyo objetivo es declarar la ineficacia de la afiliación y posterior retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y, al mismo tiempo, solicitar el reconocimiento y pago de perjuicios que se tornan subsidiarios ante una posible o eventual declaratoria de ineficacia. (f. 39 archivo 05)

II.- DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., llevada a cabo el 7 de noviembre de 2023, en la etapa de decisión de excepciones previas declaró no probado la excepción previa propuesta.

En sustento de la decisión, el Juez de instancia refirió que PORVENIR no sustenta las razones por las cuales las pretensiones de ineficacia del traslado de régimen y el pago de perjuicios son excluyentes, pretensión de perjuicios que soporta la actora arguyendo la falsa expectativa creada por asesor del fondo privado y la incertidumbre para subsistir luego de la vida laboral, lo que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

le ha generado un estado de angustia. Luego, si solicita la ineficacia y los perjuicios, de haber tenido la asesoría plena y debidamente informada no tendría esa angustia, perjuicios que están enmarcados dentro del artículo 16 de la Ley 446 de 1998, que permite al juez valorar los daños producidos a las personas o a los bienes, por lo que no encuentra de qué forma son excluyentes tales pretensiones. Finalmente, señaló que cosa diferente es probar los perjuicios, lo que será objeto de análisis al momento de emitir la sentencia de instancia.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión, la demandada PORVENIR S.A. interpuso recursos de reposición y en subsidio de apelación. Al respecto, precisó que las pretensiones de ineficacia del traslado y de indemnización de perjuicios enlistadas en los numerales 1º y 7º del acápite de pretensiones, se excluyen entre sí, por lo que se debieron solicitar de forma principal y subsidiaria, ya que van en contravía del artículo 25 A del C.P.T. y de la S.S., pues no pueden ser declaradas conjuntamente, dado que en caso de declararse la ineficacia del traslado, el retorno al RPMPD de la actora haría imposible trasladar los perjuicios que se requieren.

IV.- CONSIDERACIONES

Sobre este puntual aspecto debe recordar la Corporación que las excepciones previas o dilatorias tienen por objeto eliminar cualquier tipo de impedimento de orden procesal que impida el normal desarrollo del proceso, de suerte que las mismas no tienen como finalidad atacar el fondo del asunto en debate como ocurre con las de mérito o de fondo, en otras palabras, realmente buscan sanear el proceso. En tal sentido, la doctrina ha enseñado que:

“[...] En estricto sentido, solo tienen carácter de excepción las perentorias, pues son ellas las que se dirigen a contrariar la pretensión presentada por el demandante, ya que las previas buscan evitar actuaciones innecesarias remediando ciertas fallas en el proceso; por ello, en verdad, la excepción previa favorece a las dos partes, y no solo al demandado como pudiera pensarse, pues al permitir el saneamiento inicial del proceso se asegura

que este se adelante sobre bases firmes, ajenas a cualquier posibilidad de nulidad¹.

Así mismo, se debe enunciar que las excepciones previas o de fondo se encuentran taxativamente regladas en el artículo 100 del C.G.P., aplicable a los juicios laborales por remisión expresa del artículo 145 del C.P.T y la S.S., en concordancia con el artículo 32 *ibidem*. De cara a lo indicado, conviene precisar que la excepción previa de ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales, se encuentra enlistada en el numeral 5º del artículo 100 del C.G.P., razón por la cual la Sala procede con el estudio del recurso de apelación frente a esta excepción.

Al analizar dicho medio exceptivo, resulta imperioso recordar que el artículo 25 A del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 13 de la Ley 712 de 2001, indica que el demandante podrá acumular en una misma demanda varias pretensiones contra el demandado, aunque no sean conexas, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- “1. Que el juez sea competente para conocer de todas.*
- 2. Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias.*
- 3. Que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento.”*

Sobre el particular, la doctrina ha expuesto que:

“Merece destacar, que si bien es cierto el escrito de demanda debe ser lo mas claro, preciso y conciso posible en cuanto a los hechos y pretensiones se refiere, para de esa forma permitirle al juez una mayor comprensión del querer del accionante, y así ejercer un adecuado control sobre su aspecto formal, cuando se advierta una desproporción exagerada e inconveniente sobre la narración de los fundamentos fácticos y las reclamaciones, esa situación no conduce inexorablemente a su inadmisión y posterior rechazo, pues una cosa es la falta de claridad respecto de los requisitos que son objeto de estudio y otra muy diferente es el estilo del actor sobre la manera de narrar los hechos, lo cual atañe más a una cualidad relacionada con la capacidad de síntesis y a la forma en la que el escrito utiliza el lenguaje para transmitir sus ideas, que es el sello personal y privado de cada ser humano.”²

¹ López Blanco, HF. Procedimiento Civil Tomo I. Editores Dupre. 2005.

² Botero, Zuluaga Gerardo. Guía Teórica y Práctica de Derecho Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. 6ª Edición, Página 237. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, 2016.

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia con Radicación 39819 del 14 de febrero de 2012, señaló al respecto:

“En casos como estos ha señalado esta Corporación en sentencia del 14 de febrero de 2005, radicación 22923, citada por la impugnante:

“[...] Desde antaño, es jurisprudencia adoctrinada que cuando el juez al momento de dictar sentencia se encuentra ante una demanda que no ofrezca la precisión y claridad debidas, bien por la forma como aparecen las súplicas, ora en la exposición de los hechos, también en los fundamentos de derecho, o en las unas y en los otros, está en la obligación de interpretarla para desentrañar el verdadero alcance e intención del demandante, al formular sus súplicas, para lo cual debe tener muy presente todo el conjunto de ese libelo, sin que pueda aislar el petitum de la causa petendi, buscando siempre una afortunada integración, por cuanto los dos forman un todo jurídico; y además si es necesario para precisar su auténtico sentido y aspiración procesal, tener en cuenta las actuaciones que haya desarrollado el actor en el trámite del proceso, lo cual debe observar celosamente el instructor judicial a manera de saneamiento, a efecto de evitar una nulidad o una decisión inhibitoria con grave perjuicio para los litigantes y talanquera infranqueable para que se llegue a la norma individual constituida con la sentencia de fondo, lo que choca con el deber ser de la administración de justicia.

“[...]”

“Así las cosas, cuando la demanda no ofrece claridad y precisión en los hechos narrados como pedestal del petitum, o en la forma como quedaron impetradas las súplicas, tiene dicho tanto la jurisprudencia como la doctrina, que para no sacrificar el derecho sustancial, es deber del fallador descubrir la pretensión en tan fundamental pieza procesal y tratar de borrar las imprecisiones, lagunas o vaguedades que en principio quedan exteriorizadas. Con razón se ha dicho que “la torpe expresión de las ideas no puede ser motivo de repudiación del derecho cuando éste alcanza a percibirse en su intención y en la exposición de ideas del demandante”, lo cual no es más que la protección de los principios que orientan la observancia del derecho sustancial por encima de las formas, dentro del marco del debido proceso a que se contraen los artículos 29, 228 y 230 de la carta mayor. (Casación Civil del 12 de Diciembre de 1936. T. XLVII. Pág. 483).

“Es que de verdad, lo que hace inepta una demanda por indebida acumulación de pretensiones, es la imposibilidad o dificultad insalvable para descubrir lo que el accionante implora y fijar su verdades trascendencia jurídica como en muchas oportunidades lo ha predicado esta Corte; y lo decidido por el Tribunal como que conduce a una elaboración paradigmática cuando la ley de enjuiciamiento lo que exige es que el libelo no imposibilite definitivamente su entendimiento, como ha quedado claro en esta oportunidad (...)”.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Bajo ese escenario, y de acuerdo a los argumentos expuestos en la alzada, se encuentra que la pasiva refiere que las pretensiones 1º y 7º principales son excluyentes, en tanto la primera solicita la ineficacia del traslado de régimen y la segunda el pago de perjuicios, los que, según su entender de prosperar la primera, sería imposible trasladar los perjuicios al Régimen de Prima Media, lo que de contera conlleva a que las pretensiones sean excluyentes.

Aseveraciones que para la Sala no tienen asidero alguno pues como viene de verse, el juez es competente para conocer de ambas pretensiones y pueden tramitarse por el mismo procedimiento como principales, ya que no existe sustento jurídico que permita inferir lo contrario, además, tales pretensiones de modo alguno son excluyentes entre sí, pues en nada trunca el hecho de una posible declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional y el pago de perjuicios irrogado por las falsas expectativas que aduce la actora le generó el fondo de pensiones privado, más si se tiene en cuenta que en caso de prosperar tal pretensión, contrario a lo aducido por la apelante, los dineros por perjuicios no serían objeto de devolución al Régimen de Prima Media, sino que serían pagados de forma directa a la activa.

En esa medida, la excepción de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones no está llamada a prosperar; como bien lo concluyó el *a-quo*, lo que conlleva a la inexorable confirmación del auto apelado. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la apelante PORVENIR S.A.

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el auto proferido el 7 de noviembre de 2023 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y a favor de 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

En uso de permiso
LUIS CARLOS GONZÁLEZ V.
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante y la demandada COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 7 de noviembre de 2023 por el Juzgado Quinto 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 PILAR JIMÉNEZ GÓMEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin de declararse la 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 PORVENIR S.A., y que para todos los efectos legales siempre ha permanecido afiliada al Régimen de Prima Media que administra COLPENSIONES sin solución de continuidad, al no haberse efectuado de manera informada, libre y espontánea.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, pretende se condene a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES, todos los valores que hubieren recibido con motivo de su vinculación a ese fondo, tales como, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes voluntarios, rendimientos y gastos de administración. A su vez, solicita se ordene a COLPENSIONES que active su afiliación en el régimen que administra sin solución de continuidad, reciba las sumas antes referidas, corrija y actualice su historia laboral y la ponga a su disposición, se condene al fondo privado a pagar por perjuicios morales causados 200 salarios mínimos mensuales legales vigentes, o los que se estimen conveniente, más las costas y agencias en derecho.

Como primeras pretensiones subsidiarias, solicita se declare la nulidad del traslado de régimen pensional y además reitera todas las pretensiones elevadas como principales. Igualmente, solicita como segundas pretensiones subsidiarias, se declare la inexistencia de la afiliación por medio de la cuales se trasladó al RAIS, y reiterando nuevamente las demás pretensiones principales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que nació el 02 de octubre de 1960, que se afilió y cotizó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a través del ISS desde 1993 hasta el 10 de enero de 1996, calenda en la que, sin recibir información completa, necesaria, veraz, transparente y oportuna, suscribió formulario de afiliación a PORVENIR S.A., trasladándose así al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Agregó que el asesor del fondo privado no le explicó las características del RPMPD, los riesgos de trasladarse al nuevo régimen pensional, ni realizar un comparativo de su mesada en ambos regímenes o que la que percibiría en el RAIS sería inferior, tampoco le informó los requisitos que necesitaba para pensionarse en el RPMPD y en el RAIS, y que tenía derecho a retractarse, por el contrario, solo le dijo que su mesada en ese régimen sería mejor y que el RPMPD desaparecería.

Destacó que según proyección pensional efectuada posteriormente por PORVENIR S.A. su mesada en ese régimen sería inferior a la que percibiría en COLPENSIONES, motivo por el cual el 28 de julio de 2022 solicitó la ineficacia, nulidad o inexistencia de su afiliación al RAIS, pedimento que fue negado por esas entidades. Finalmente, refirió que la falsa expectativa creada por los asesores del fondo privado y la incertidumbre sobre el ingreso para subsistir luego de la vida laboral le han causado angustia al no tener asegurado un ingreso acorde con la calidad de vida que su salario le ha permitido tener junto a su núcleo familiar. (f. 6 a 30 archivo 02)

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones del libelo genitor, aduciendo que la demandante se trasladó al RAIS de manera libre y voluntaria a través de PORVENIR S.A., motivo por el cual el contrato de afiliación es plenamente válido, sin que se advierta causal alguna que conlleve a su nulidad o ineficacia, por ende, las aseveraciones de la promotora deben ser demostrados conforme lo normado en el artículo 167 del C.G.P., es decir, que debe demostrar el vicio en el consentimiento alegado. De otro lado, mencionó que la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado establecida en la Ley 797 de 2003, por lo que una decisión contraria vulnera el principio constitucional de la sostenibilidad financiera del sistema lo que acarrearía una descapitalización del fondo común administrado por COLPENSIONES

Formuló como medios exceptivos los que denominó 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 C.P., 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 SL373 de 2021 y la innominada o genérica. (f. 3 a 33 archivo 09).

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones principales y subsidiarias elevadas en su contra, arguyendo que, el traslado a ese fondo goza de completa validez, dado que informó a la demandante las características de ambos regímenes pensionales para que tomara una decisión libre y voluntaria acerca del traslado efectuado.

Propuso como excepción previa la de ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones, la cual se declaró no probada en audiencia de 7 de noviembre de 2023.

Como excepciones de fondo enlistó 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 43 archivo 04).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

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

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual de la señora PILAR JIMÉNEZ GÓMEZ a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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

TERCERO: ABSOLVER a PORVENIR S.A., de las demás pretensiones de la demanda declarando probada la excepción de inexistencia de la obligación respecto de la indemnización de perjuicios morales.

CUARTO: COSTAS a cargo de PORVENIR S.A. Inclúyase como agencias en derecho la suma de 2 SMLMV.

QUINTO: En caso de que este fallo no fuere apelado, CONSÚLTESE con el superior a favor de COLPENSIONES.”

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* refirió que el Alto Tribunal de cierre de esta especialidad ha sentado una línea jurisprudencial en torno al tema de la nulidad del traslado de régimen desde la sentencia de 9 de septiembre de 2008 con Radicación No. 31989, hasta las más recientes como la SL1421 de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

De otro lado, mencionó que la jurisprudencia ha señalado que no es necesario que las personas sean o no beneficiarias del régimen de transición, o haber cumplido los requisitos para pensionarse, lo cual no es argumento para no acceder a la protección que se solicita por la falta al deber de información, máxime cuando no confesó haber recibido la información que se echa de menos, aspectos que ha tenido en cuenta el órgano de cierre de esta especialidad, por lo que es viable declarar la ineficacia del traslado. En cuanto a la devolución de seguros previsionales sostuvo que no ordenaría su devolución ya que la actora estuvo cubierta ante las contingencias de invalidez y muerte en el tiempo que estuvo afiliada al fondo privado, tampoco ordenó la devolución de gastos de administración ya que tales rubros igualmente se descuentan en el régimen de prima media. Respecto a los perjuicios que solicitó la activa, dijo que no existía prueba de la causación de los mismos, por último, condenó en costas a PORVENIR S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la parte demandante, la apeló frente a la absolución de costas frente a COLPENSIONES, aduciendo que dicha entidad también fue vencida en juicio dentro del presente proceso, además la condena en costas fue una de las pretensiones de la demanda, la cual fue controvertida por esa entidad, aunado a que fue puesto en movimiento del aparato jurisdiccional, por lo que debe ser condena en costas, como lo estipula el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P., tal como lo ha sostenido esta Corporación.

COLPENSIONES en la alzada, solicita se adicione la sentencia de primer grado en el sentido de ordenar al fondo privado devuelva a esa administradora los gastos de administración y los seguros previsionales, tal como lo ha ordenado la reiterada jurisprudencia 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 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*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, 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 la demandante se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través PORVENIR S.A. el 10 de enero de 1996; vinculación que se hizo efectiva según el reporte SIAFP, el 1º de febrero de 1996 según el citado reporte. (f. 44 y 91 archivo 15)

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

Por otra parte, la demandante PILAR JIMÉNEZ GÓMEZ en el interrogatorio de parte a ella practicado, expuso que estando al servicio del IDRD una asesora de PORVENIR S.A. se presentó en las instalaciones de esa entidad, quien le refirió que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES desaparecería y que no accedería a una pensión digna, por ende, procedió a entregarle el formulario para afiliarse, para lo cual solo corroboró su nombre y su número de identidad; igualmente

sostuvo que se le dijo que tendría una cuenta individual de ahorro, empero, no se le suministró más información.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de PORVENIR S.A. al momento del traslado de la demandante, según lo 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 a la actora para el año 1996, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la 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, respecto de los cuales hace mención COLPENSIONES su disenso, se debe memorar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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, conforme lo señala COLPENSIONES en su alzada.

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

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

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES, a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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, lo que evidencia que los argumentos de COLPENSIONES al respecto, no gozan de prosperidad.

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

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

En lo atinente a la inconformidad que presenta la parte actora respecto a la absolución de condena en costas a COLPENSIONES, 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 y presentó excepciones, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas en primera instancia contra ésta. 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”.

Así las cosas, se adicionará la sentencia de primer grado en el sentido de condenar en costas de primera instancia a esas encartadas.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de condenar a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES además de los conceptos indicados en la sentencia de primer grado, los bonos pensionales si a ello hay lugar, junto con los gastos de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debiendo indexar estos tres últimos conceptos al momento de su devolución. En lo demás, habrá de confirmarse la sentencia de instancia.

SIN COSTAS en esta instancia por haber salido adelante los argumentos de las apelantes.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 7 de noviembre de 2023, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES además de los conceptos indicados en el citado numeral, los bonos pensionales si a ello hay lugar, junto con los gastos de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debiendo indexar estos tres últimos conceptos al momento de su devolución, de acuerdo a las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral cuarto de la sentencia de primer grado en el sentido de condenar a COLPENSIONES a pagar costas de primera instancia



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

a favor de la parte actora, las cuales deberán ser tasadas por el fallador de primer grado.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia, por los motivos indicados en precedencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

En uso de permiso
LUIS CARLOS GONZÁLEZ V.
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral: 1100131050 **07 2020 0049 01**
Demandante: CARLOS MARIO DÍAS SALAZAR
Demandados: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., SKANDIA S.A. y
PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo 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, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A., en contra de la sentencia proferida el 6 de diciembre de 2023 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

La señora CARLOS MARIO DÍAS SALAZAR promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y PORVENIR S.A., a fin que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó el 1º de junio de 1995 del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A., junto con los demás traslados horizontales que efectuó a los fondos de pensiones PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A., por cuanto existió vicio en su consentimiento y no se cumplió con el deber de información por parte de los fondos privados. Asimismo, se declare que nunca estuvo válidamente afiliado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y que siempre ha estado válidamente afiliado en el régimen que administra COLPENSIONES.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se ordene a COLFONDOS S.A., SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A., a registrar en su sistema de información que no efectuó ninguna vinculación válida a esas administradoras por la indebida información que le suministraron al momento de su vinculación, lo que vicio su consentimiento. Además, se ordene a COLPENSIONES registre y active su afiliación en ese fondo público y actualice en su historia laboral las cotizaciones que realizó en el RAIS. De otro lado, solicita se condene a SKANDIA S.A. a devolver a COLPENSIONES todas las sumas que figuren en su cuenta individual de ahorro, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, comisiones, etc. A su vez, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*, más las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 11 de abril de 1959, y que realizó cotizaciones a pensión a través de diferentes empleadores a través de COLPENSIONES entre el 22 de diciembre de 1982 y el 30 de junio de 1995, alcanzado un total de 357.57 semanas en ese régimen. A continuación, refirió que el 1º de junio de 1995 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A., sin embargo, ese fondo no le informó sobre las implicaciones que le conllevaría dicho traslado, la naturaleza de ese régimen, sus desventajas y tampoco realizó un comparativo de su

situación pensional en ambos regímenes, mismas omisiones en las que incurrieron PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. al momento de su afiliación a esas administradora de pensiones.

En otro giro, agregó que contrató una asesoría pensional en la que se dio cuenta del engaño de los fondos privados al momento de su traslado y de los demás traslados horizontales, a su vez, expuso que el 27 de agosto de 2019 solicitó a las encartadas la nulidad de su traslado de régimen y su vinculación al régimen de prima media, pedimentos que fueron negados por COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A., entre tanto, las demás accionadas no emitieron pronunciamiento alguno. Por último, sostuvo que a la presentación de la demanda cuenta con 1399 semanas. (f. 1 a 32 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

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

Propuso como medios exceptivos los que denominó como descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, 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 39 archivo 02).

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, arguyendo que la vinculación del demandante con COLFONDOS se dio de manera libre y voluntaria y atendiendo a su derecho de libre escogencia, además, no es posible declarar la nulidad por cuanto no existieron vicios en el consentimiento, tampoco se evidencia causa y objetos ilícitos, de conformidad con los artículos 1504 y siguientes del Código Civil, ya que la decisión de la parte demandante fue libre, voluntaria y espontánea.

Como excepciones propuso las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (f. 70 a 107 archivo 03)

COLFONDOS S.A. se opuso a las pretensiones del *petitum*, arguyendo que brindó al demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de la decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, además los asesoró sobre de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RPMPD y el RAIS, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en el RAIS. Dicho esto, las pretensiones de la demanda carecen de fundamento jurídico y fáctico, ya que no se aportan pruebas que permitan demostrar que la vinculación del actor a ese fondo se efectuó bajo algún vicio del consentimiento, máxime cuando el formulario de afiliación da cuenta que la vinculación a ese régimen se dio de manera libre y con su consentimiento expreso, como lo exige el artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago. (f. 4 a 24 archivo 24)

SKANDIA S.A. se opuso a las pretensiones elevadas en su contra, refiriendo que el actor se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado, además refirió que la afiliación a ese fondo del actor se realizó dentro del marco legal

vigente para la fecha de afiliación y conforme a los postulados de 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, 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 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, buena fe y la genérica. (f. 2 a 28 archivo 33)

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 mayo de 2023. (archivo 34)

En esa medida, MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., dijo no oponerse ni allanarse a las pretensiones de la demanda. No propuso excepciones frente a la demanda principal.

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 20, 60, 70, 77, 108 y 109 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 no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante, AFP SKANDIA y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna; prescripción de la acción derivada del contrato seguro y reconocimiento oficioso de excepciones. (f. 2 a 20 archivo 43).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

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

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por el demandante CARLOS MARIO DÍAZ SALAZAR con la AFP COLFONDOS el 1° de agosto de 1995, y los posteriores traslados que realizó a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR el 18 de mayo de 1999, a la AFP PORVENIR el 19 de enero de 2000, a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR el 19 de agosto de 2000, a la AFP SKANDIA el 15 de mayo de 2008, a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR el 27 de septiembre de 2010, a la AFP SKANDIA el 3 de noviembre de 2011, a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR el 25 de septiembre de 2012, a la AFP PORVENIR el 8 de abril de 2013 y a la AFP SKANDIA el 23 de noviembre de 2014.

SEGUNDO: ORDENAR a SKANDIA S.A., a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores despistados en la cuenta de ahorro individual del demandante CARLOS MARIO DÍAZ SALAZAR, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a COLFONDOS, PORVENIR y SKANDIA SA a devolver a Colpensiones, todos los descuentos realizados a los aportes pensionales del demandante en las fechas y tiempos en que estuvo vinculado a cada uno de los fondos demandados, desde cuando ocurrió el traslado del régimen pensional, tales como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Al momento de cumplirse esta orden, para lo cual se le concede a los fondos demandados el termino de treinta (30) días, contados a partir del auto de obediencia al Superior, deberán presentar un informe debidamente discriminado con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes, descuentos objeto de devolución, su indexación y demás información relevante que los justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia. Previniendo que COLPENSIONES puede iniciar las acciones de cobro, acotando que no se puede afectar cualquier reconocimiento pensional del gestor.

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

QUINTO: SE DECLARAN NO PROBADAS las excepciones presentadas por COLPENSIONES, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A., y PROBADAS las efectuadas por MAPFRE SEGUROS, respecto del llamamiento en garantía.

SEXTO: SE CONDENA en costas a los fondos demandados COLPENSIONES, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A. y a favor del demandante. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMMLV al momento del pago, a cargo de cada uno de los demandados. Igualmente, se condena en costas a SKANDIA S.A. y a favor de MAPFRE. Las agencias en derecho se tasan en suma de 2 smmlv al momento del pago.

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

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* memoró que la jurisprudencia emanada por el órgano de cierre de esta especialidad, ha precisado que desde la expedición de la Ley 100 de 1993 y los Decretos 663 de 1993 y 656 de 1994, ha existido el deber de información en cabeza de las AFP, lo que igualmente encuentra sustento en el artículo 1603 del C.C. Seguidamente, adujo que en las sentencias SL-1452 y SL-1688 de 2019 se había aclarado y sintetizado la evolución normativa de dicho deber, el cual se condensa en tres etapas a saber, siendo la primera el deber de información aplicable al caso del gestor, toda vez que su traslado de régimen pensional se realizó en 1995, ello en consonancia con lo reglado en el literal b) del artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, al igual que el artículo 97 numeral 1º del Decreto 663 de 1993.

Luego, el alcance de ese deber de información consistía en ilustrar las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, obligación que recaía en cabeza de fondo privado, situación que debía acreditarse dentro de este proceso, posteriormente se

introdujo el deber de asesoría y buen consejo con la Ley 1328 de 2009, el Decreto 2241 de 2010 y finalmente el de doble asesoría con la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

En esa medida, expuso que de las pruebas arrojadas al plenario no se acreditó que COLFONDOS S.A., al momento de vincular al demandante le hubiese suministrado la información veraz, clara, comprensible y detallada respecto de las consecuencias que conllevaría en su futuro pensional la decisión de trasladarse a un fondo privado, lo que constituye una falta al deber de información en los términos ya relacionados, lo cual no se prueba con la suscripción del formulario de afiliación, tornándose de esa manera ineficaz el traslado que realizó el gestor a la AFP COLFONDOS S.A. y los demás traslados horizontales que realizó, lo que a su vez conlleva la devolución de las sumas producto de dicho retorno; en consecuencia, declaró la ineficacia del traslado de régimen que realizó el promotor y ordenó la devolución por parte de todos los fondos privados que fueron demandados a COLPENSIONES.

Frente al llamamiento en garantía efectuado a MAPFRE, señaló que esa aseguradora no tiene injerencia en el acto jurídico de traslado y los recursos de debe retornar SKANDIA, entre ellos, los seguros previsionales. Por último, declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a las demandadas, igualmente condenó a SKANDIA a pagar costas a MAPFRE.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Al respecto manifestó su disenso ante la declaratoria de la ineficacia del traslado del régimen del demandante, pues se fundamentó en la falta del deber de información que debían brindar las AFP al momento de la suscripción del formulario, pasando por alto que para la fecha del traslado no existía norma alguna que exigiera nada diferente a ese documento, mediante el cual se manifestaba la aceptación espontánea, libre y expresa de trasladarse de régimen, aclarando que solo hasta la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, nace la obligación de las AFP de brindar una doble asesoría de sus afiliados, de modo que, la asesoría brindada debe valorada conforme la normativa vigente para la fecha del traslado, pues no es posible imponer a las administradoras



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

obligaciones no previstas en el ordenamiento jurídico, pues ello vulnera el debido proceso consagrado en la Constitución Política, máxime cuando es un tercero en este asunto.

De otro lado, pone de presente que el actor ha permanecido en el RAIS por más de 28 años, y esa administradora resulta lesionada con la decisión adoptada, ya que afecta el equilibrio y la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, aunado a que el promotor está inmerso en la prohibición legal de traslado. En cuanto a la condena en costas, expuso que al actor no le asiste el derecho reclamado y que esa entidad es un tercero en el asunto que nada tuvo que ver con la decisión que éste tomo de trasladarse de régimen, el cual efectuó de manera autónoma, libre y voluntaria, por tanto, solicita se revoque la condena de primer grado y se le absuelva de todas las pretensiones invocadas en su contra.

PORVENIR S.A. en su alzada, indicó que el artículo 113 literal b de la Ley 100 de 1993, señala cuáles son los emolumentos que se deben trasladar cuando se da un cambio de régimen pensional, los cuales aluden al saldo de la cuenta de ahorro individual y los rendimientos, lo que impide legalmente se puede ordenar devolución de sumas diferentes. En esa medida, no es procedente ordenar la devolución de los gastos de administración y el porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, pues ello generaría un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, o en su defecto del afiliado. En ese sentido, tampoco se puede reintegrar las primas de seguro previsional, postura que tiene sustento en concepto emitido por la Superintendencia Financiera de Colombia. Finalmente, sostuvo que tampoco es procedente la condena por indexación, pues la misma se compensa con los rendimientos generados.

COLFONDOS S.A. en su apelación señala que no es procedente la devolución de los gastos de administración, ya que el demandante no se vio afectado por el cobro de ese concepto, mismo que se le hubiese descontado de estar afiliado en el Régimen de Prima Media, igualmente esas sumas no financian la pensión y cuando se devuelven ingresan al patrimonio de COLPENSIONES, por tanto, no indemnizan un supuesto perjuicio. A su vez, señala que las primas de seguro previsional se usan para contratar una póliza que beneficia al afiliado, por lo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

que solo es una intermediaria en ese aspecto, dado que solo recauda los descuentos por primas y tales recursos no ingresan a su patrimonio, por lo que no es procedente devolver esas sumas, al tratarse de un contrato que fue previamente ejecutado y cuyos efectos no se pueden retrotraer como consecuencia de una ineficacia. Por último, señaló frente a la condena por indexación que actuó de buena fe y conforme al ordenamiento legal, por lo que solicita se le absuelva de cualquier condena.

Por su parte, SKANDIA S.A. en la alzada solicita se revoque la condena tendiente a devolver los conceptos descontados por gastos de administración y seguros previsionales debidamente indexados, pues los mismos fueron descontados en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, y les dio un uso específico como fue administrar la cuenta de ahorro individual y contratar una póliza para los riesgos de invalidez y sobrevivencia, frente a los cuales ha estado cubierto el gestor durante su vinculación a ese fondo, de modo que los dineros por primas no se encuentran en su poder, y devolver tales conceptos generaría un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, reiterando que MAPFRE es quien debe asumir tales condenas de ser confirmadas, pues la consecuencia de la ineficacia es entender que nunca existió la póliza de aseguramiento para unos riesgos. Sobre la indexación señala que la misma no es procedente conforme lo han entendido los Tribunales de Cali y Medellín, ya que la misma se compensa con los rendimientos causados.

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.

Acorde con lo anterior, es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a

afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

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

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

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior,*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación mediante el cual el actor se trasladó del Régimen de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual el 1º de junio de 1995 a COLFONDOS S.A., vinculación que se hizo efectiva a partir del 1º de julio de 1995, como se observa del reporte SIAFP (archivo 50 y f. 68 archivo 33). Ahora bien, del citado reporte se observa que el demandante realizó otros traslados horizontales en el RAIS así, a COLPATRIA el 18 marzo de 1999, a PORVENIR S.A. el 19 de enero de 2001, a HORIZONTE el 14 de agosto de 2000, a SKANDIA S.A. el 15 de mayo de 2008, a HORIZONTE el 27 de septiembre de 2010, a SKANDIA S.A. el 3 de noviembre de 2011, a HORIZONTE el 25 de septiembre de 2012, a PORVENIR S.A. el 8 de abril de 2013 y a SKANDIA S.A. el 23 de julio de 2014.

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

Adicionalmente, en el interrogatorio de parte practicado al demandante CARLOS MARIO DÍAS SALAZAR, indicó que estuvo afiliado al ISS desde 1987, vinculándose a COLFONDOS en 1995 cuando laboraba para CARACOL TV, ya que son del mismo grupo empresarial, acotando que el asesor le dijo que el ISS desaparecería y la única opción para pensionarse era el fondo privado; que su traslado a COLPATRIA se dio cuando estaba al servicio de RCN por recomendación del área de Recursos Humanos, agregando que su traslado a PORVENIR, HORIZONTE y SKANDIA se dio por recomendación de sus empleadores, sin que se le brindara más información; que antes de los 52 años los fondos no le informaron sobre la posibilidad de retornar al régimen de prima media, y que desea regresar a ese régimen por el valor de su mesada.

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

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

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



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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1995, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

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

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración sobre los cuales hace mención los fondos privados en sus impugnaciones, 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 aparece que COLFONDOSS.A. Deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

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

Respecto a la posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado, al que alude COLPENSIONES en la apelación, se hace imperioso traer a colación lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, en la que indicó sobre el particular:

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

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

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

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los

cuales asumen las cargas 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, los seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, 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, luego, al haber sido evidente que esa accionada se opuso a las pretensiones de la demanda y al no salir avante los argumentos que expuso en la impugnación, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas, al ser vencida en juicio. 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

V. DECISIÓN:

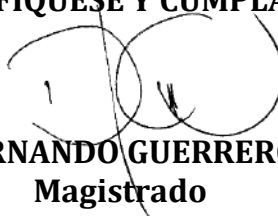
En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

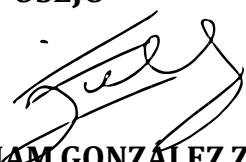
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá el 6 de diciembre de 2023, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES, PORVENIR S.A. COLFONDOS S.A. Y SKANDIA 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

En uso de permiso
LUIS CARLOS GONZÁLEZ V.
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 2019 00006 01
Demandante: LUZ ALBA RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ
Demandado: PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas PORVENIR S.A. y MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. en contra de la sentencia proferida el 21 de junio de 2023 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora LUZ ALBA RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de PORVENIR S.A., con el fin que se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes de acuerdo a la normado en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en calidad de madre del señor LUIS ORLANDO SALCEDO RODRIGUEZ (q.e.p.d.), a partir de 14 de julio de 2010; además, se ordene el pago del respectivo retroactivo de forma indexada, rubros de los cuales se deberá descontar lo pagado por concepto de devolución de saldos. Finalmente, solicita se condene al fondo privado a pagar las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que es la progenitora del causante LUIS ORLANDO SALCEDO RODRIGUEZ (q.e.p.d.), quien falleció en un accidente de tránsito el 13 de julio de 2010 a la edad de 31 años, y que a finales de 2010 solicitó el pago de la pensión de sobrevivientes a BBVA HORIZONTE S.A., el cual le informó que no se acreditaban los requisitos para acceder al pago de la prestación pensional, por lo que debía solicitar la devolución de saldos, lo cual llevó a cabo el 12 de febrero de 2012, en consecuencia, dicha prestación fue reconocida el 9 de mayo de 2012.

De igual forma, mencionó que su hijo trabajó al servicio de la SOCIEDAD UNIVERSAL AUTOMOTORA DE TRANSPORTES S.A. desde abril de 2008 hasta la fecha del óbito, lapso en el que ese empleador lo vinculó al fondo de pensiones y cesantías antes referido, efectuando cotizaciones a razón de 46.1 semanas, cuando en realidad debió cotizar 54.14 semanas. Así las cosas, después de haber requerido a esa sociedad para que pagara los aportes en mora, ese empleador procedió a realizar el pago de los meses de abril y mayo de 2009 con sus respectivos intereses.

Efectuado lo anterior, el 24 de septiembre de 2018 solicitó a PORVENIR S.A. que tuviese en cuenta dicho pago y procediera a cargarlo en el sistema, ante lo cual ese fondo le informó que los aportes cancelados no serían cargados en la cuenta individual del afiliado y que estarían en una cuenta de rezagos a nombre del afiliado.

En otro giro, alude la actora que el causante convivía bajo su mismo techo, no tenía cónyuge, compañera permanente o hijos y que era quien sufragaba sus gastos. Finalmente, relata que el 28 de noviembre de 2018 solicitó a PORVENIR S.A. el pago de la pensión de sobrevivientes, ya que su hijo cumplía con los requisitos establecidos en los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, pues al momento de su deceso contaba con 54.1 semanas cotizadas entre el 13 de julio de 2007 y el 13 de julio de 2010. (f. 11 a 18 archivo 01)

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones elevadas en el *petitum*, aduciendo que el señor LUIS ORLANDO SALCEDO RODRÍGUEZ (q.e.p.d.) no dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, por cuanto no cotizó 50 semanas en los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de su fallecimiento. En esa medida, explicó que solo se tienen en cuenta las cotizaciones efectuadas antes de la fecha de ocurrencia del siniestro, es decir, antes del 13 de julio de 2010 fecha del fallecimiento; por lo que no es dable tener en cuenta los pagos efectuados por el empleador con posterioridad a esa calenda, ya que no existe ninguna norma que así lo imponga, luego, debe ser el empleador quien asuma las consecuencias del no pago de las cotizaciones, en consecuencia, su negativa a reconocer la pensión estuvo ajustada a derecho.

En su defensa formuló la excepción previa de falta de integración de litisconsorcio necesario, la cual se declaró probada en audiencia de 6 de julio de 2020, así las cosas, se dispuso vincular a la litis a la SOCIEDAD UNIVERSAL AUTOMOTORA DE TRANSPORTE S.A. (archivo 06)

Como excepciones de mérito formuló las de falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, prescripción, compensación, buena fe de PORVENIR S.A. y la innominada o genérica. (f. 78 a 85 archivo 01)

Igualmente, PORVENIR llamó en garantía a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., en atención a que suscribió con esa aseguradora la póliza No. 9201410004634, mediante la cual se amparó a los afiliados de ese fondo para cubrir la suma adicional que se requiriera para cubrir la prestación de sobrevivientes. (f. 110 a 112 archivo 01)

Mediante proveído del 5 de junio de 2019, el Juzgado de origen tuvo por contestada la demanda a PORVENIR S.A., y aceptó el llamamiento en garantía de la citada aseguradora. (f. 117 archivo 01).



MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. al contestar se opuso a las pretensiones formuladas en la demanda principal y en el llamamiento en garantía, indicando que no es posible afectar la póliza No. 9201410004634, en tanto el afiliado no cumplen con los requisitos establecidos en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, esto es, haber cotizado 50 semanas en los últimos tres años anteriores al fallecimiento.

Como excepciones de la demanda principal y del llamamiento en garantía formuló las excepciones de no cumplimiento de los requisitos de ley para acceder a la pensión de sobrevivientes, prescripción, compensación y nulidad relativa, genérica y buena fe. (f. 170 a 181 archivo 01)

Por auto de fechado el 20 de enero de 2023, el Juzgado de primer grado tuvo por no contestada la demanda a la SOCIEDAD UNIVERSAL AUTOMOTORA DE TRANSPORTE S.A. (archivo 13)

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 21 de junio de 2023, condenó a PORVENIR S.A. a reconocer y pagar a la demandante la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su hijo LUIS ORLANDO SALCEDO RODRIGUEZ, a partir del 13 de julio de 2010 en cuantía inicial de un salario mínimo mensual legal vigente, a su vez, declaró probada la excepción de prescripción sobre las mesadas causadas con anterioridad al 28 de noviembre de 2015, y en consecuencia, condenó a PORVENIR S.A. a pagar la pensión a partir de esa calenda en suma de \$644.350 sobre 14 mesadas anuales, cuyo retroactivo deberá indexarse al momento de su pago y que calculado al 31 de mayo de 2023 asciende a \$88.651.683, sin perjuicio de las mesadas que se sigan causando hasta la inclusión en nómina y sobre el cual se autoriza a la accionada a que efectúe los descuentos de ley por concepto de aportes en salud.

De otro lado, condenó a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. a que en virtud del seguro previsional tomado con BBVA HORIZONTE hoy PORVENIR No. 9201410004634 de 23 de febrero de 2010, pague la suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie la pensión de sobrevivientes reconocida. Asimismo, declaró probada la excepción de compensación propuesta por PORVENIR S.A., por ende, ordenó a ese fondo a que del retroactivo que se genere en favor de la accionante, descuenta el valor reconocido por devolución de saldos de la pensión de sobrevivientes debidamente indexado al momento de su descuento conforme la formula indicada en la sentencia. Finalmente, condenó en costas a las demandas PORVENIR S.A. y MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

Para arribar a dicha conclusión, la *a quo* precisó que el problema jurídico a resolver consistía en determinar si la demandante tenía derecho a que PORVENIR y la llamada en garantía MAPFRE, esta última en virtud de lo normado en el artículo 77 de la Ley 100 de 1993, le reconozcan y paguen la pensión de sobrevivientes a causa del fallecimiento del señor LUIS ORLANDO SALCEDO RODRÍGUEZ (q.e.p.d.), en calidad de progenitora a partir del 14 de julio de 2010, junto con la indexación de las sumas adeudadas, previo descuento de lo percibido por la actora por concepto de devolución de saldos de la pensión de sobrevivientes.

A continuación refirió que conforme lo establecido por la Corte Suprema de Justicia, la pensión de sobrevivientes debía analizarse a la luz de la norma vigente al momento del fallecimiento, lo cual en *el sub examine* acaeció el 13 de julio de 2010, por lo que verificaría si la demandante cumplía los requisitos establecidos en los artículos 46 y 73 de la Ley 100 de 1993, modificados por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, para ser acreedora de la prestación reclamada, la cual exige para acceder a esta, que el afiliado haya cotizado 50 semanas de dentro de los tres años anteriores al fallecimiento.

En esa medida, al constatar si afiliado fallecido había dejado causada pensión de sobrevivientes a su progenitora, refirió que se evidenciaba del reporte de semanas cotizadas que allegaron las partes (f. 26 a 28 y 88 a 96 archivo 1), que cotizó 959 días al fondo privado, equivalentes a 137 semanas cotizadas de forma interrumpida de abril de 2005 a julio de 2010, de las cuales 54.71 fueron cotizadas dentro de los tres (3) años anteriores al fallecimiento, es decir, de julio de 2007 a julio de 2010.

Agregó que si bien el empleador SOCIEDAD UNIVERSAL AUTOMOTORA DE TRANSPORTES S.A. hoy en liquidación, el 28 de mayo de 2018 realizó de manera retroactiva el pago de las cotizaciones correspondientes a los meses de marzo y abril de 2009, ello no era óbice para que PORVENIR no las tuviese en cuenta, máxime si en el reporte de semanas además de sumarse, se nota que dicha empresa efectuó el pago con las sanciones o intereses de mora que le acarreaba el hecho de efectuar el pago extemporáneo, luego haber sido recibido por PORVENIR sin presentar reparo alguno en su momento, siendo claro que lo aceptó y se allanó a la posible mora en que haya podido incurrir el empleador, y sin que haya probado que lo haya requerido por un posible mal pago en esas cotizaciones.

Adicionalmente, PORVENIR tampoco puede señalar que por haberse efectuado los aportes de manera extemporánea, no pueden tenerse en cuenta cuando como se dijo, estos se pagaron con sus respectivos intereses adicionales, por lo que no es dable que alegue su propia culpa su beneficio cuando pudo en virtud del artículo 24 de la Ley 100 de 1993, antes del fallecimiento del causante efectuar las acciones de cobro a su cargo de los aportes en mora por parte de SOCIEDAD UNIVERSAL, ya que datan de más de un año anterior a la muerte del afiliado, de ahí que, ante la falta de diligencia en el cobro deba asumir la prestación, pues la parte actora no tiene por qué acarrear el descuido del fondo al no cobrar de manera oportuna los aportes en mora, los que no solo se circunscribían a los dos meses que pagó SOCIEDAD UNIVERSAL, sino que el reporte de semanas también se evidencia que existen muchos meses que esa sociedad no pagó, sin embargo, ese aspecto no era objeto de discusión en el

presente tramite, iterando que PORVENIR pudo haber efectuado el cobro de esos aportes, luego, no es dable de que por el hecho de que el empleador los haya pagado de manera extemporánea con intereses y sanciones, ahora se niegue a incluirlos en el reporte de semanas.

En esa medida, encontró acreditados los presupuestos para que la demandante acceda a la pensión de sobrevivientes deprecada a causa del fallecimiento de su hijo, sin que haya lugar a estudiar el requisito de dependencia económica dada su calidad de madre del causante, pues existió un reconocimiento tácito de ésta como beneficiaria de la prestación por parte de PORVENIR antes HORIZONTE al otorgarle la devolución de saldos, pues allí le reconoció la calidad de beneficiaria, por tanto, este requisito esta por fuera del debate probatorio, tal cual se indicó en la audiencia que trata el artículo 77 del C.P.T., y conforme lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en múltiple jurisprudencia, entre otras, en la sentencia SL3933 de 2021.

Sobre el monto de la mesada pensional, expuso que debía calcularse conforme lo señalado en los artículos 21 y 48 de la Ley 100 de 1993, por lo que teniendo en cuenta que el IBC sobre el cual el causante efectuó los aportes aludía al salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, es claro que el valor de la mesa pensional lo será sobre dicho monto, el cual para el 13 de julio de 2010, fecha de óbito del señor SALCEDO RODRÍGUEZ, ascendía a \$515.000, prestación que al causarse en julio de 2010 deberá otorgarse por 14 mesadas al año, pues no se ve afectada por las disposiciones contenidas en el Acto Legislativo 01 de 2005, dado que no supera los tres salarios mínimos legales mensuales vigentes, además de haberse causado como se dijo, con anterioridad al 31 de julio de 2011.

En cuanto a la devolución de saldos refirió que las partes aceptaron que la accionante los recibió de parte de PORVENIR, lo que no impide el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en la medida que ambas prestaciones no resultan incompatibles, siempre que se ordene el descuento de lo pagado por dicho concepto como lo ha señalado la jurisprudencia, por lo

autorizó a PORVENIR para que del retroactivo que se genere descuente la suma que le reconoció a la actora por concepto de devolución de saldos, acotando que no se conoce su valor exacto pues las partes no lo acreditaron, empero la misma debía ser indexada al momento en que se efectúe el descuento por parte del fondo.

De otro lado, indicó sobre la prescripción que dicho medio exceptivo estaba llamado a prosperar, toda vez que la actora una vez el empleador del causante efectuó el pago de los periodos en mora solicitó el reconocimiento de la pensión el 28 de noviembre de 2018 y la demanda la radicó el 18 de diciembre de 2018, por lo que si bien no transcurrió el término trienal entre la fecha de solicitud y la presentación de la demanda, sí transcurrió entre la de causación del derecho el 13 de julio de 2010 y la reclamación, de ahí que se encuentren prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 28 de noviembre de 2015, otorgando la prestación a partir del 28 de noviembre de 2015 en suma de \$644.350.

Igualmente, sostuvo que el retroactivo debía ser indexado al momento de su pago, rubro sobre el cual se debía descontar lo relativo a aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, sin perjuicio de las demás mesadas que se sigan causando al momento de su pago, retroactivo que asciende a \$88.651.683, de 2015 a mayo de 2023, conforme lo precisó en la sentencia.

En cuanto al llamamiento en garantía, refirió que no se discute que entre BBVA HORIZONTE hoy PORVENIR y MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., se suscribió a la póliza No. 92014104634 de 23 de febrero de 2010 de seguro previsional para amparar los riesgos de invalidez y sobrevivencia respecto de todos los afiliados, entre ellos LUIS ORLANDO SALCEDO RODRÍGUEZ, para la vigencia de enero de 2010 a enero de 2014. Bajo ese entendido y en atención a lo dispuesto en el artículo 77 de la Ley 100 de 1993, es claro que MAPFRE debe responder por la suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financia el monto de la pensión de sobrevivientes que aquí se

reconoce, sin que el fenómeno prescriptivo lo afecte, teniendo en cuenta que el siniestro ocurrió en vigencia de dicha póliza, esto es el 13 de julio de 2010.

Respecto a la vinculada SOCIEDAD UNIVERSAL AUTOMOTORA DE TRANSPORTES S.A. EN LIQUIDACION, señaló que de las pretensiones de la demanda no se derivan obligaciones a su cargo, como tampoco erogación con cargo al sistema, por lo que no hay lugar a fulminar condena en su contra, más aún cuando en virtud del pago de los aportes que estaban en mora, la accionante puro acceder a la pensión objeto de condena, sumado al hecho que sobre dicha sociedad no se presentó ninguna pretensión o demanda de reconvención. Por último, condenó en costas a PORVENIR S.A. y MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. la apeló. Al respecto, manifestó su disenso frente a la condena impuesta a ese fondo relacionada con el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, aduciendo que su decisión de abstenerse de reconocer y pagar la prestación estuvo ajustada a derecho, en la medida que evidenció que el afiliado fallecido no acreditó el cumplimiento del requisito de semanas de cotización para dejar causado el derecho de la pensión de sobrevivientes.

Por cuanto entre el 13 de julio de 2007 y el 13 de julio de 2010 solamente se acreditó el pago de 40 semanas de forma oportuna, esto es, con anterioridad a la ocurrencia del siniestro, de modo que, los aportes efectuados con posterioridad a la ocurrencia del siniestro por la SOCIEDAD UNIVERSAL AUTOMOTORA DE TRANSPORTE no pueden ser tenidos en cuenta para el reconocimiento de la prestación, en esa medida no está obligada a contabilizar esas semanas para reconocer la prestación, motivo por el cual el fallo de instancia debe ser revocado ya que es el empleador el que debe asumir el reconocimiento de la prestación. Asimismo, solicita se revoque la condena que

se impuso a su cargo por pago de indexación al seguir lo accesorio la suerte de lo principal.

MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. en la alzada solicita se revoque la sentencia de primer grado, ya que no se acreditó el requisito de las 50 semanas dentro de los tres años anteriores al fallecimiento del afiliado, por ende, no hay lugar a emitir condena en su contra y de la AFP, y menos aún hay lugar al pago de la indexación o de intereses.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá determinar si el afiliado fallecido LUIS ORLANDO SALCEDO RODRIGUEZ (q.e.p.d.), dejó acreditado el requisito de semanas a efectos de que proceda el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en beneficio de su madre, señora LUZ ALBA RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ.

c. De la pensión de sobrevivientes:

Previo a abordar el problema jurídico a resolver, es menester precisar que en esta instancia no es objeto de controversia que el causante LUIS ORLANDO SALCEDO RODRIGUEZ (q.e.p.d.), es hijo de la demandante y que falleció el 13 de julio de 2010; además, que a la gestora el fondo de pensiones le reconoció y pagó la devolución de saldos por no haberse acreditado en su momento el presupuesto de semanas exigidos por la ley, pago que fue informado por la

actora en la demanda y aceptado por el fondo privado en la contestación, hechos que además se corroboran con el registro civil de nacimiento, el registro civil de defunción y la comunicación remitida por PORVENIR a la actora el 17 de diciembre de 2010. (f. 22 a 25 y 29 a 31 archivo 01)

De otro lado, conviene precisar que, de acuerdo con los argumentos de las apelantes, en el presente asunto no se discute la dependencia económica de la madre hacia el hijo fallecido, aspecto que tampoco fue debatido mediante los recursos de ley en la etapa de decreto de pruebas, oportunidad en la que se tocó el tema.

En esa medida, se recuerda que la Sala no tiene a su alcance ahondar en aspectos diferentes a los planteados en el recurso de apelación presentado en la oportunidad procesal pertinente, de ahí que no sea dable atender aquellos argumentos contenidos en escritos anteriores o posteriores, como los alegatos de conclusión, según se dijo en sentencia SL5207-2021, Radicación No. 77421 de 17 de noviembre de 2021, esto por cuanto observa la Sala que se pretende debatir lo referente a la dependencia económica por parte de la aseguradora convocada a juicio en los alegatos de conclusión, postura que ha sido reiterada en sentencia SL3906-2022, Radicación No. 91665 de 16 de noviembre de 2022, en la que además acogió lo señalado sobre el asunto en sentencias SL 818-2018 y la de 14 de agosto de 2007, Radicado 28474 y lo indicado en sentencia de 19 de marzo de 1987 por la Sala de Casación Civil en auto de 30 de agosto de 1984.

Así las cosas, se reitera que el objeto de debate se ciñe a lo atinente a las semanas cotizadas por el afiliado en los últimos tres años anteriores al siniestro, motivo por el cual no se analizaran otros aspectos en atención al principio de consonancia del recurso de apelación.

Precisado lo anterior, es del caso memorar que conforme a lo adocetrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL2075-2021, Radicación No. 83457 del 19 de mayo de 2021, la norma que regula la pensión de sobrevivientes pretendida, debe ser la vigente

al momento del deceso del causante, por tanto, al haber fallecido el causante el 13 de julio de 2010, el presente asunto deberá analizarse bajo la égida del artículos 73 y 74 de Ley 100 de 1993 modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que regulan la pensión sobrevivientes en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

Al respecto, el artículo 73 de la Ley 100 de 1993, señala sobre los requisitos y monto de la prestación objeto de análisis, lo siguiente:

“Los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes en el régimen de capitalización individual con solidaridad, así como su monto, se regirán por las disposiciones contenidas en los artículos 46 y 48, de la presente Ley.”

De esa forma, el artículo 46 *ibidem*, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, indica en su numeral 2º que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

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

Adicionalmente, el artículo 74 del mismo compendio normativo, modificado por artículo 13 de la Ley 797 de 2003 en su literal d), establece al respecto:

ARTÍCULO 74. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.
Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

“[...]

“d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de este”.

De lo expuesto, es diáfano que uno de los dos presupuestos para acceder a la pensión de sobrevivientes en casos como el que ocupa la atención de la Sala, refiere a que el afiliado fallecido acredite cincuenta (50) semanas en los últimos tres años anteriores al fallecimiento, advirtiéndose sobre tal aspecto

que, en el caso de marras, PORVENIR refirió en la comunicación de 17 de diciembre de 2010 que LUIS ORLANDO SALCEDO RODRIGUEZ contaba con 39.57 semanas.

Entre tanto, la Juez de primer grado concluyó que de acuerdo a las pruebas obrantes en el informativo el causante había acreditado 54.71 semanas cotizadas dentro de los tres (3) años anteriores al deceso, esto es, del 13 julio de 2007 al 13 julio de 2010, sin que en nada afectara que el empleador SOCIEDAD UNIVERSAL AUTOMOTORA DE TRANSPORTES S.A. EN LIQUIDACIÓN, hubiese pagado el 28 de mayo de 2018 de forma retroactiva las cotizaciones correspondientes a los meses de marzo y abril de 2009, lo cual no era óbice para qué el fondo privado se negara a tenerlos en cuenta.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2163-2022, Radicación No. 90500 de 11 de mayo de 2022, al analizar lo referente a la mora en el pago de aportes por parte del empleador en casos en que se reclama la pensión de sobrevivientes, señaló lo siguiente:

“En síntesis y atendiendo el precedente vigente de la Sala de Casación Laboral, frente a una mora en el pago de aportes y en el caso de que el trabajador sufra la contingencia – invalidez sobrevivencia- de la cual se desprenda el pago de determinadas prestaciones, si la entidad administradora no inicia las acciones de cobro para obtener el pago coactivo de los aportes insolutos, queda obligada al pago de las prestaciones correspondientes, pues ni el afiliado ni sus beneficiarios pueden verse afectados por la omisión del empleador en el pago de los aportes. Y, si se cancelan dichos aportes y no se dio una gestión de la administradora para recaudar la consecuencia debe ser el pago de la prestación. Es decir: «si no hay pagos de aportes antes del riesgo, las prestaciones derivadas del mismo se causan para el trabajador o sus beneficiarios, según el caso; y si hay pago posterior al riesgo del empleador de dichos aportes, igual surge para la administradora el pago de esas prestaciones» (Al respecto se puede consultar CSJ SL7300-2016). Como quiera que esa fue la interpretación a la que llegó el Tribunal no prosperan los cargos.”

d. Del caso en concreto

Descendiendo al *sub-examine*, y acorde con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.T y de la S.S., la Sala procede a examinar el acervo probatorio recaudado en el trámite procesal a efectos de verificar la procedencia de la concesión de la prestación pensional deprecada por parte de progenitora del afiliado fallecido.

En punto de lo anterior, se allegó por parte de PORVENIR S.A. relación de aportes del señor LUIS ORLANDO SALCEDO RODRIGUEZ, generado el 24 de abril de 2019, en el que se relacionan cotizaciones de forma interrumpida entre marzo de 2008 y julio de 2010, a razón de 383 días cotizados que refieren a 54.71, de los cuales se observa que los periodos de abril y mayo de 2009 fueron pagados el 28 y 30 de mayo de 2018; es decir, que el afiliado fallecido contaba con más de 50 semanas cotizadas en los últimos tres años anteriores al fallecimiento, esto es entre el 13 de julio de 2007 y el 13 de julio de 2010. (f. 88 a 90 archivo 01)

Bajo ese escenario, es diáfano para este Juez Colegiado que según la jurisprudencia traída a colación es posible tener en cuenta pagos de aportes realizados con posterioridad al siniestro, siendo del caso mencionar que en escenarios como el presente, de manera alguna es de recibo imponer cargas al afiliado que no son de su resorte, pues la obligación del pago y del cobro están en cabeza del empleador y del fondo de pensiones, el cual en caso de mora por parte del primero debe adelantar las acciones tendientes a recaudar los dineros en mora, situación que en el presente asunto no se comprobó se hubiese llevado a cabo por parte del fondo de pensiones demandado.

Conforme a lo anterior, al haberse comprobado que el causante contaba con 50 semanas cotizadas al sistema general de pensiones en los últimos tres años anteriores a su fallecimiento, es viable el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes que elevó la demandante, como lo concluyó la Juez de instancia. En virtud de todo lo anterior, no le queda otro camino a esta Colegiatura que confirmar la sentencia de primer grado, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

COSTAS en esta instancia a cargo de las apelantes.

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 21 de junio del 2023 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, por los motivos expuestos en la parte considerativa de esa providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de cada una las recurrentes PORVENIR S.A. y MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., y a favor de la parte actora. Fíjense como valor de agencias en derecho la suma de \$1.00.000, 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

En uso de permiso
LUIS CARLOS GONZÁLEZ V.
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado





República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

La señora ROSA LUCIA RODRIGUEZ DIAZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., a fin de declararse la 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 que para todos los efectos legales siempre ha permanecido afiliada al Régimen de Prima Media que administra COLPENSIONES sin solución de continuidad.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, pretende se condene a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES, todos los valores que hubieren recibido con motivo de su vinculación a esos fondos, tales como, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes voluntarios, rendimientos y gastos de administración. A su vez, solicita se ordene a COLPENSIONES que active su afiliación en el régimen que administra sin solución de continuidad, reciba las sumas antes referidas, corrija y actualice su historia laboral y la ponga a su disposición, se condene los fondos privados al pago de perjuicios morales causados estimados en 2000 salarios mínimos mensuales legales vigentes, o los que se estimen conveniente, más las costas y agencias en derecho.

Como primeras pretensiones subsidiarias, solicita se declare la nulidad del traslado de régimen pensional y además reitera todas las pretensiones elevadas como principales previamente expuestas. Igualmente, solicita como segundas pretensiones subsidiarias, se declare la inexistencia de las afiliaciones por medio de las cuales se trasladó al RAIS, y nuevamente reitera las demás pretensiones principales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 6 de junio de 1959 y que según certificado CETIL estuvo afiliada desde 1982 al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a través de CAJANAL; que el 12 de noviembre de 1997 sin recibir información completa, necesaria, veraz, transparente y oportuna, suscribió formulario de afiliación a PORVENIR S.A, trasladándose así al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, misma situación que se

repitió en sus traslados horizontales el 1º de octubre de 1999 a PROTECCIÓN S.A. y el 11 de julio de 2001 a PORVENIR S.A.

Agregó que los asesores de los fondos privados no le explicaron las características, riesgos de trasladarse al nuevo régimen pensional, ni realizaron un comparativo de su mesada en ambos regímenes o que la que percibiría en el RAIS sería inferior, tampoco le informaron los requisitos que necesitaba para pensionarse en el RPMPD y en el RAIS, y que tenía derecho a retractarse, por el contrario, solo le dijeron que su mesada en ese régimen sería mejor y que el RPMPD desaparecería.

Destacó que según proyección pensional efectuada posteriormente por PORVENIR S.A. su mesada en ese régimen sería inferior a la que percibiría en COLPENSIONES, motivo por el cual el 7 de abril de 2021 solicitó la ineficacia, nulidad o inexistencia de su afiliación al RAIS, pedimento que fue negado por esas entidades. Finalmente, refirió que la falsa expectativa creada por los asesores del fondo privado y la incertidumbre sobre el ingreso para subsistir luego de la vida laboral le ha causado angustia al no tener asegurado un ingreso acorde con la calidad de vida que su salario le ha permitido tener junto con su núcleo familiar. (archivos 03 y 09).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones del libelo introductorio, aduciendo que el traslado de régimen de la actora goza de plena validez, y adicionalmente la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado establecida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2001.

Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, imposibilidad de condena en costas, prescripción y caducidad y la genérica. (archivo 12).

PORVENIR S.A. al contestar se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando que la afiliación de la demandante al RAIS es válida, así mismo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

adujo que es improcedente declarar un error de hecho, cuando en realidad lo que se alega aquí es un error de derecho frente a condiciones que están determinadas en la normatividad de público conocimiento, conclusión a la que se arriba, en atención a que la activa no aporta prueba que permita indicar que su traslado de régimen pensional se dio bajo algún vicio del consentimiento, lo que dé lugar a concluir que el traslado es nulo o ineficaz, por lo que no es dable retrotraer la afiliación efectuada al RAIS.

Formuló como excepciones las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (f. 2 a 45 archivo 14 y archivo 17).

Por auto adiado el 25 de abril de 2023, se dio por no contestada la demanda a PROTECCIÓN S.A. (archivo 16)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 30 de enero de 2024, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que hiciera la demandante Rosa Lucía Rodríguez Díaz a la AFP PORVENIR S.A., el 12 de noviembre del año 1997 con fecha de efectividad el 1 de enero de 1998, y de contera el efectuado a la AFP COLMENA S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., el 1 de octubre de 1999 y a la AFP PORVENIR 11 julio de 2001, por las razones antes expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES, la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, así como los aportes al fondo de garantía de pensión mínima que cada una tenga en la actualidad, por lo expuesto precedentemente.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a tener como afiliada a la actora, a recibir los dineros referidos en el numeral anterior y actualizar su Historia Laboral, conforme a lo antes visto.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas, conforme se indicó en la parte considerativa del fallo.

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada PORVENIR S.A y en favor de la demandante, incluyéndose como agencias en derecho en esta instancia la suma de \$1.300.000.

SEXO: Por haber sido condenada Colpensiones y fungir la Nación como garante, remitir el proceso al Superior en grado jurisdiccional de consulta en su favor.

SÉPTIMO: Por Secretaría remitir el expediente al TSBTA y remítase 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.”

Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia comenzó por precisar que la gestora previo al traslado al RAIS se encontraba afiliada a CAJANAL por lo que, de acuerdo a la reiterada jurisprudencia, en caso de declararse la ineficacia del traslado deprecado sería COLPENSIONES quien debería recibirla por ser quien administra el RPMPD. De otro lado, señaló 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 pensiones consagrando que la selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior 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, aceptando con ello las condiciones propias de éste, y previéndose además en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 las sanciones para quien vulnere lo anterior.

Destacó que de acuerdo a la jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y el acervo probatorio recaudado en el trámite procesal, PORVENIR S.A. al efectuar el traslado del RPM al RAIS, no probó el cumplimiento de su deber de brindar a la afiliada la información necesaria y transparente que se requería para llevar a cabo el traslado de régimen, el cual existe desde la génesis de las AFP, sin que sea excusa la época para la cual ésta se trasladó, el cual no se subsana con los traslados posteriores, como el que llevó a cabo a PROTECCIÓN antes COLMENA y su retorno nuevamente a PORVENIR, lo que conlleva a declarar la ineficacia del traslado de régimen que efectuó la demandante con el consecuente retorno de los emolumentos que obran en la cuenta individual de ahorro de la gestora hacia COLPENSIONES, asimismo, declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a PORVENIR S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

La parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida de forma parcial. Al respecto, manifiesta su inconformidad frente a la no condena en costas a cargo de COLPENSIONES y PROTECCIÓN, ya que fueron partes vencidas en el proceso, por lo que solicita se revoque tal decisión, ya que las pretensiones del líbello introductorio fueron concedidas y además una de ellas era la condena en costas, máxime si se tiene en cuenta que se opusieron de forma activa a las pretensiones, lo que además es una consecuencia directa de la puesta en movimiento del aparato jurisdiccional conforme lo reglado en el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P.

COLPENSIONES en su alzada, sostuvo que los traslados efectuados por la actora en 1997, así como posteriores traslados horizontales se presumen válidos ya que no se probó el incumplimiento del deber de información por parte de las administradoras de pensiones del RAIS, por el contrario, se probó que la demandante permaneció por más de 20 años en dicho régimen por propia voluntad sin ejercer acción alguna tendiente a regresar al RPMPD en el tiempo en que le era legalmente permitido, como tampoco indagó sobre las ventajas o desventajas del RAIS, pues si bien solicitó ante Colpensiones su retorno al Régimen de Prima Media, lo cierto es que para 2023 ya contaba con 64 años de edad y por ende estaba inmersa en la provisión legal de traslado del régimen y tampoco a la fecha del traslado era beneficiaria del régimen de transición, por lo que no le son aplicables las sentencias de la Corte Constitucional que establecen la posibilidad de traslados sin restricción en tal escenario.

Igualmente, sostuvo que nadie puede resultar beneficiado por los recursos ahorrados de manera obligatoria por otros afilados, pues ello afectaría la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en riesgo el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados, así las cosas, solicita se reconsidere la decisión de primer grado, pues el traslado de régimen de la gestora es válido y eficaz, así como los posteriores traslados.

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación por medio del cual la demandante se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través PORVENIR S.A. el 12 de noviembre de 1997, igualmente, se allegaron los formularios de afiliación a través de los cuales se trasladó a PROTECCIÓN S.A. y a PORVENIR S.A. el 1º de octubre de 1999 y el 11 de julio de 2001; vinculaciones que se hicieron efectivas según el reporte SIAFP, el 1º de enero de 1995, 1º de enero de 1998, 1º de diciembre de 1999 y el 1º de septiembre de 2001, respectivamente, según el citado reporte. (f. 48, 49, 94 archivo 14 y f. 57 archivo 15)

Formularios de los que huelga decir 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 ROSA LUCIA RODRIGUEZ DIAZ en el interrogatorio de parte a ella practicado, señaló que su traslado a PORVENIR se dio por un cambio de empleador, y era el fondo que manejaban por lo que un asesor del mismo diligenció el formulario y le indicó que ese régimen era igual que el anterior sin referir más información; a su vez, agregó que su traslado a PROTECCIÓN antes COLMENA se dio en las mismas circunstancias y por el mismo empleador.

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:*

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 a la actora para el año 1997, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que PORVENIR S.A., no probó el cumplimiento del deber de información al 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, 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

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

independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

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

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

En lo atinente a la inconformidad que presenta la parte actora respecto a la absolución de condena en costas a COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, 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 y presentaron excepciones, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas en primera instancia contra estas. 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón”.

Así las cosas, se adicionará la sentencia de primer grado en el sentido de condenar en costas de primera instancia a esas encartadas.

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)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de condenar a PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES, además de los conceptos allí indicados, los rubros descontados por seguros previsionales, sumas que juntos con los gastos de administración y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima 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 COLPENSIONES.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 30 de enero de 2023 por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES, además de los conceptos allí indicados, los rubros descontados por seguros previsionales, sumas que juntos con los gastos de administración y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima deben ser indexadas al momento de su pago conforme lo expuesto en la parte considerativa del presente proveído.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral quinto de la sentencia de primer grado en el sentido de condenar a COLPENSIONES y a PROTECCIÓN S.A., a pagar costas de primera instancia a favor de la actora, las cuales deberán ser tasadas por el fallador de primer grado.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

CUARTO: 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

En uso de permiso
LUIS CARLOS GONZÁLEZ V.
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 **13 2022 00583 01**
Demandante: JESÚS BOLÍVAR JIMÉNEZ CHICANGANA
Demandados: COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá el 25 de enero de 2024.

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 JESÚS BOLÍVAR JIMÉNEZ CHICANGANA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., a fin de declararse la nulidad y/o ineficacia de la afiliación del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PROTECCIÓN S.A. llevada a cabo en el mes de septiembre de 1994, por existir engaño y asalto en su buena fe, induciéndole al error y viciando su consentimiento.

Por consiguiente, se le ordene a PROTECCIÓN S.A. retornarlo al Régimen de Prima Media con Prestación Definida con todos los valores que hubiere recibido en su cuenta de ahorro individual como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con sus frutos e intereses y rendimientos, así como que se le ordene a COLPENSIONES recibirlo en el régimen público sin solución de continuidad.

Asimismo, 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 estuvo afiliado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida a través del extinto ISS por el periodo comprendido entre el mes de febrero de 1988 y el mes de agosto de 1994.

Que para el mes de septiembre de 1994 se trasladó por primera vez al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PROTECCIÓN S.A., ello con ocasión a que los asesores de dicha AFP le pusieron de presente el nuevo régimen pensional.

Adujo que el promotor de la AFP le indicó que de permanecer afiliado al ISS podría perder su derecho pensional, aunado al hecho que en el régimen privado obtendría mayores rendimientos y una prestación por vejez en cualquier tiempo.

Que no se le informó acerca del derecho de retracto, la comparación de ambos regímenes pensionales como tampoco las ventajas y desventajas del mismo, no se le realizaron proyecciones pensionales, entre otros aspectos de desinformación, situaciones todas que condujeron a efectuar el traslado.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda manifestando que la afiliación del demandante con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ante

sus dependencias fue un acto existente, válido exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, toda vez que el formulario se suscribió de manera libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto que por demás tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre las partes, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y la denominada inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe.

COLPENSIONES por su parte contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, bajo el entendido que el demandante efectuó su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de manera libre y voluntaria, ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen, además que decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias de dicho régimen, debido a la información a él brindada por parte de los asesores de la AFP PROTECCIÓN S.A., más aún cuando de los fundamentos fácticos y jurídicos, así como de la documental aportada dentro del acervo probatorio, no obra ninguna tendiente a demostrar la configuración de alguno de los vicios del consentimiento.

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

jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y caducidad y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 25 de enero de 2024, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que hiciere el señor Jesús Bolívar Jiménez Chicangana, a la AFP Protección S.A., el 17 de junio de 1994, cuya fecha de efectividad se gestó el 1 de julio del mismo año, por las razones antes expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR a Protección S.A. a devolver a COLPENSIONES, la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, así como los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, por lo expuesto precedentemente.

TERCERO: CONDENAR a Colpensiones a tener como afiliado al actor, a recibir los dineros referidos en el numeral anterior y actualizar su Historia Laboral, conforme a lo antes visto.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas, conforme se indicó en la parte considerativa del fallo.

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada Protección S.A y en favor del actor, incluyéndose como agencias en derecho en esta instancia, la suma de \$1.300.000.

SEXTO: Por haber sido condenada Colpensiones y fungir la Nación como garante, remitir el proceso al TSBTA en grado jurisdiccional de consulta en su favor.

SÉPTIMO: Por Secretaría remitir el expediente al TSBTA y remítase 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.”

Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia memoró 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 pensiones consagrando que la selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior 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, aceptando con ello las condiciones propias de éste, y previéndose

además en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 las sanciones para quien vulnere lo anterior.

Destacó que de acuerdo a la jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y el acervo probatorio recaudado en el trámite procesal, PROTECCIÓN S.A. al efectuar el traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no probó el cumplimiento de su deber de brindar al afiliado la información necesaria y transparente que se requería más aún si el demandante no confesó tal aspecto, el cual existe desde la génesis de las AFP, sin que sea excusa la época para la cual éste se trasladó, el cual no se subsana con los traslados posteriores, lo que conlleva a declarar la ineficacia del traslado de régimen que efectuó la demandante con el consecuente retorno de los emolumentos que obran en la cuenta individual de ahorro del gestor hacia COLPENSIONES. Igualmente, declaró no probada la excepción de prescripción.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Argumentó en su alzada que el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por parte del demandante se presume válido, puesto que no se demostró por parte del señor JESÚS BOLÍVAR JIMÉNEZ CHICANGANA que existiera la falta del deber de información por parte de la AFP PROTECCIÓN S.A.; por el contrario, este permaneció aproximadamente 30 años en el régimen privado por su propia voluntad y sin ejercer acción alguna tendiente a retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Que el demandante para la fecha en que solicitó el retorno de régimen se encontraba inmerso dentro de la prohibición legal de que trata el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, sin que tampoco sea beneficiario del régimen de transición pues a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no contaba con 15 años de servicios cotizados, al igual que de prosperar el traslado, existiría una vulneración al principio de sostenibilidad financiera del sistema.

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuara el demandante por intermedio de la AFP PROTECCIÓN S.A. el 17 de junio de 1994 (Fl. 38 – PDF 16 CONTESTACIÓN DEMANDA PROTECCIÓN S.A.), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado en 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 JESÚS BOLÍVAR JIMÉNEZ CHICANGANA en el interrogatorio de parte a él practicado no confesó que se le hubiese brindado una asesoría ajustada a derecho, incluidas las implicaciones, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, y otras situaciones de asesoría que entendiera de manera fehaciente la total información suministrada, sin advertirle características propias incluso del mismo Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como la cuenta de ahorro individual, aportes voluntarios, modalidades por vejez dentro del régimen privado, el derecho de retracto, etc.

De allí que se pueda colegir la notoria falta de información por parte de PROTECCIÓN S.A. por cuanto no se obtuvo confesión alguna de la debida asesoría al tenor de los preceptos emanados por la Sala de Casación Laboral de

la Corte Suprema de Justicia, carga probatoria que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

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

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

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 modificarse y adicionarse. En tal sentido, se dispondrá que la AFP PROTECCIÓN 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 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: MODIFICAR y ADICIONAR los numerales segundo y tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, en el entendido de indicar que la AFP PROTECCIÓN 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

En uso de permiso
LUIS CARLOS GONZÁLEZ V.
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 **15 2023 00061 01**
Demandantes: MARÍA CONSUELO CÁRDENAS CASTRO
Demandados: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá el 13 de febrero de 2024.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MARÍA CONSUELO CÁRDENAS CASTRO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., con la finalidad de declararse la nulidad de la afiliación efectuada en el mes de julio de 1994 con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de la AFP PORVENIR S.A., de allí que se ordene su retorno automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

Por consiguiente, se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores que hubiera recibido con motivo de su afiliación, tales

como cotizaciones, indexación, bonos pensionales, sumas adicionales, rendimientos, frutos e intereses causadas hasta la fecha en que se efectivice su traslado al régimen privado.

Por último, 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, refirió que nació el 30 de agosto de 1968, encontrándose afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el 19 de enero de 1990.

Que el 24 de julio de 1994 sin ser advertida de sus consecuencias económicas, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PORVENIR S.A., fondo que al momento del traslado no le hizo proyecciones futuras de su pensión con las hipótesis que podrían surgir en cada uno de los regímenes pensionales.

Que no se le informó acerca del perjuicio económico que conllevaría el cambio de régimen pensional, entre otros aspectos de desinformación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda refiriendo que la aquí demandante se encuentra dentro de la prohibición dispuesta en el literal e) del artículo 2º de la Ley 797 de 2003. Adicionalmente adujo que es a la actora a quien le corresponde probar de que al momento del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectivamente se presentó alguno de los vicios del consentimiento reglados en el artículo 1508 del Código Civil como el error, la fuerza o el dolo.

Propuso las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

PORVENIR S.A. refirió que el traslado de la demandante ante sus dependencias estuvo precedida 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 en el *sub examine* es un error de derecho frente a condiciones que están determinadas en la normatividad de público conocimiento, conclusión a la que se arriba en virtud a que, no se aporta prueba que permita indicar que el traslado de régimen pensional bajo algún vicio del consentimiento que determine que el traslado fue nulo.

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

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 13 de febrero de 2024, resolvió:

“PRIMERO DECLARAR INEFICAZ la afiliación o traslado efectuado por la señora demandante MARIA CONSUELO CARDENAS CASTRO del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, a través de la AFP PORVENIR S.A el 24 de julio de 2004 y como consecuencia de lo anterior ***ORDENAR*** a la AFP PORVENIR donde actualmente se encuentra afiliada la demandante a trasladar los recursos o sumas que obran en su cuenta de ahorro individual, correspondiente a los aportes, los rendimientos, los gastos de administración previstos en el literal q del artículo 13 y artículo 20 de la ley 100 de 1993, comisiones que haya descontado el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima salvo lo correspondiente a las pólizas de seguros previsionales, con destino a la Administradora del régimen de prima media COLPENSIONES a esta que reciba dichos recursos, reactive la afiliación de la señora demandante y los acredite como semanas efectivamente cotizadas en el régimen de prima media, 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 CONDENAR EN COSTAS a PORVENIR S.A para el efecto se fija como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a (1) un salario mínimo legal vigente para el año 2024 a favor de la señora demandante, SIN COSTAS ni a favor ni en contra respecto a la demandada COLPENSIONES.

TERCERO DELCLARAR no demostradas las 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, indicó el *a-quo* que en el plenario estaba acreditado que la actora estuvo afiliada en el ISS y que posteriormente se trasladó a PORVENIR S.A. A continuación, trajo a colación los literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, respecto de la cual sostiene que en su sentir el traslado de régimen de la promotora no es legal en tanto, no se surtió en el término concedido por esa norma, esto es, transcurridos tres años desde la selección inicial, es decir, que solo tres años después del 1º de abril de 1994 podía trasladarse.

Sin embargo, señaló que existen unos efectos a la vulneración de la libre escogencia de régimen pensional establecido en el literal b) del artículo 13 y 271 del mismo compendio normativo y lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la cual desde el año 2008 ha analizado lo concerniente al deber de información y la carga de la prueba a cargo de los fondos privados.

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

En consecuencia, declaró la ineficacia del traslado y ordenó la devolución de los emolumentos que obran en la cuenta individual de la gestora, excepto lo concerniente a seguros previsionales, ya que se tratan de unos recursos destinados a unos terceros cuya finalidad es proteger a los afiliados, recursos que son recibidos por una aseguradora o tercero de buena fe y están consagrados en la ley.

Declaró no probadas las excepciones propuestas por las encartadas y condenó en costas a PORVENIR S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Argumentó en su alzada que 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 en forma automática, sino que depende de que las falencias de información e inexistencia del consentimiento informado hubiera producido un perjuicio claro, cierto y específicamente determinable para el afiliado en el momento en que se produjo el traslado.

Por tal razón, dentro del presente asunto se demostró que el traslado de régimen que se efectuó en el año 1994, surgió en respecto de los principios fundamentales en la autonomía de la voluntad y la libre escogencia de régimen, ello teniendo en cuenta que de lo plasmado en la demanda y las respuestas dadas por la actora en el interrogatorio de parte rendido, puede colegirse que en ningún momento como entidad le sugirió a la señora MARÍA CONSUELO CÁRDENAS CASTRO el cambio de régimen pensional, así como que PORVENIR S.A. le brindó asesoría directa a través de sus funcionarios previo a la realización del traslado, sin existir ninguna coacción.

En últimas, expuso que para la época del traslado de la demandante el único deber de las AFP eran suministrar una debida información, sin que fuese obligación dejar constancia de la misma, máxime si el formulario de afiliación determina tal aspecto.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 24 de julio de 1994 (Fl. 31 – PDF 01 ESCRITO DEMANDA y fl. 30 – PDF 10 CONTESTACIÓN PORVENBIR 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 en 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 MARÍA CONSUELO CÁRDENAS CASTRO 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:

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1994, una “*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar*

a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia al declarar la ineficacia 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas 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, dimana con claridad que no erró el *a-quo* en la decisión de primera instancia. Sin embargo, estima la Sala necesario señalar que además de las sumas ordenadas en la sentencia de instancia, el fondo privado que fue convocado a juicio debe devolver a COLPENSIONES las primas de seguros previsionales, concepto que junto con los gastos de administración y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, deben ser indexados al momento de su pago, por ende, se adicionará el numeral primero

de la sentencia de primer grado en tal sentido, en lo demás habrá de confirmarse.

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

V. DECISIÓN:

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

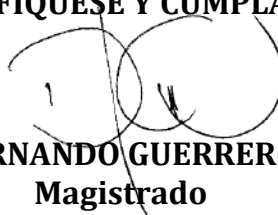
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral primero de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de precisar que además de las sumas ordenadas en la sentencia de instancia, PORVENIR S.A. debe devolver a COLPENSIONES las primas de seguros previsionales, concepto que junto con los gastos de administración y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, deben ser indexados al momento de su pago, por las razones antes expuestas.

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

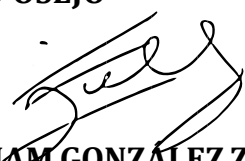
TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente COLPENSIONES. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000 y a favor de la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

En uso de permiso
LUIS CARLOS GONZÁLEZ V.
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



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

Ordinario Laboral 1100131050 19 2017 00804 01
 Demandantes: MARÍA INÉS PORRAS PADILLA
 Demandados: ALMACENES ÉXITO S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo 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 25 de noviembre de 2022 por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MARÍA INÉS PORRAS PADILLA formuló demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad ALMACENES ÉXITO S.A., a fin que se declare que entre las partes existió como medio vinculante un contrato de trabajo a



término indefinido, para desempeñar labores de operaria, cuyos extremos laborales corresponden al 1º de agosto de 1992 y el 19 de diciembre de 2014, así como que el pago de los gastos realizados como consecuencia de la maternidad era responsabilidad de la EPS, de no ser por cuanto medió una actuación arbitraria y discriminatoria por la empleadora.

En consecuencia, se declare la nulidad del despido por encontrarse en estado de embarazo, y se condene a la demandada al pago de los perjuicios morales y materiales, así como los causados por no tener un futuro estable para beneficio de la recién nacida, así como a la respectiva reinstalación, con el pago de salarios, prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

De manera subsidiaria pretende que se declara que entre las partes medió un contrato de trabajo a término indefinido, para desempeñar labores de auxiliar proceso industria, y que para la fecha del despido contaba con 8 meses de embarazo, es decir faltaban 4 semanas para el parto de su hija. Así mismo, que el despido fue sin justa causa, por cuanto la empleadora no precisó las razones de la decisión.

En consecuencia, se condena a la accionada al pago de la indemnización de que trata el artículo 239 del C.S.T., declarándose que no proceden sanciones moratorias, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.



1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones refiere que se vinculó como trabajadora de ALMACENES ÉXITO S.A. el 1º de agosto de 1992, mediante contrato de trabajo a término indefinido, con un salario de \$780.200, desempeñándose como auxiliar proceso industria, relación laboral que se mantuvo por espacio de 22 años, hasta el 19 de diciembre de 2014.

Que en el mes de diciembre de 2014 la empresa realizó una reunión en la que se les informa a aproximadamente cien (100) trabajadores, que por políticas de la empleadora era necesario realizar ajustes a su planta de personal, sosteniendo conversaciones para la terminación del contrato de trabajo, desconociendo que se encontraba en un estado avanzado de embarazo, esto es, ocho meses y medio de gestación; refiere que el 19 de diciembre de 2014 se suscribió el acuerdo de finalización del contrato de trabajo, vulnerando su estado especial de estabilidad laboral reforzada, y para el 20 de diciembre de 2014, se precedió a realizar la liquidación definitiva de salarios y prestaciones sociales por valor de \$23.773.202, de los cuales, tras los descuentos realizados, devengó \$17.087.110.

Señala que una vez terminó la relación laboral la accionada estableció que solo tendría derecho al servicio de salud hasta el mes de enero de 2015, quedando desprotegidos sus derechos y los de su hija por nacer, siendo desvinculada del Sistema de Seguridad Social Integral, ello pese a que tenía diagnóstico médico de alto riesgo; que el 24 de enero de 2015 nació su hija,



por lo que la EPS SURA procedió a liquidar la licencia de maternidad a través de transferencia a la cuenta del empleador ALMACENES ÉXITO S.A., quedando desprotegidos los meses de febrero, marzo, abril y mayo, novedad reportada por el demandado. Finalmente, que la parte demandada omitió afiliar a la trabajadora al régimen de seguridad social integral en salud, pensiones y riesgos profesionales, para el momento de su periodo de incapacidad por maternidad y lactancia a que tiene derecho.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La sociedad ALMACENES ÉXITO S.A. contestó la demanda señalando que el contrato de trabajo finalizó de mutuo acuerdo, el que se constituye en una transacción, misma que se suscribió de manera libre y voluntaria; de igual manera que al existir discrepancias sobre la eventual estabilidad laboral, se pagó una compensación económica; finalmente que los descuentos se ajustaron a derecho y que la licencia de maternidad corresponde solucionarla al sistema de seguridad social, ello en tanto el contrato finalizó antes de dar a luz.

Propuso y sustentó la excepción previa de cosa juzgada y las de mérito de cobro de lo no debido, pago, inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio, a cargo de la demandada, compensación, prescripción, buena fe y las demás que se demuestren dentro del proceso.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 25 de noviembre de 2022, absolvió a la demandada de todas las pretensiones.

Para tal efecto refirió inicialmente que no existe discusión en cuanto a que entre las partes medió un contrato de trabajo a término indefinido, el cual finiquitó el 19 de diciembre de 2014 mediante un acuerdo de terminación suscrito por la trabajadora y la sociedad empleadora; señaló además, tras hacer mención de las premisas normativa y jurisprudenciales del fuero de maternidad, que de los medios de convicción recabados, se acreditó que el embarazo era un hecho notorio y de pleno conocimiento de la empleadora, así mismo que tal figura jurídica se configura en una garantía para que no opere un despido con ocasión del embarazo; no obstante, en el presente evento se presentó una renuncia libre y voluntaria por parte de la trabajadora, para lo cual se allegó la respectiva misiva, lo cual se ratificó en el acuerdo de terminación; de tal manera, que fue la parte demandante quien decidió dar por terminado el contrato de trabajo, ante lo cual el empleador procedió a liquidar el contrato e incluso a solucionar una bonificación.

De tal manera, que una vez finalizado el contrato de trabajo cesó la obligación del empleador de solucionar salarios, prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social, motivo por el cual absolvió a la demandada de todas las pretensiones.



III. RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante formuló recurso de apelación señalando que si existió un acuerdo de terminación del contrato, el mismo estuvo amañado por la empresa ante un plan masivo de retiro de trabajadores, en el cual se incluyó a la trabajadora MARÍA INÉS PORRAS, pese a encontrarse en estado de gravidez y ostentar una estabilidad reforzada, lo que vulneró sus derechos fundamentales; que no existió una renuncia libre y voluntaria, en tanto se encontraba en el retén de las personas que serían retiradas por la empresa, aunado a ello que nunca fue informada de las implicaciones de la firma del acuerdo de terminación.

Así las cosas, la demandante se encontraba en estado de embarazo y a efectos de suscribir el acuerdo debió tener un asesoramiento y acompañamiento del empleador, así como la autorización del inspector del trabajo de conformidad con el artículo 62 del C.S.T., más aún cuando la renuncia solo era un requisito para la posterior suscripción del acuerdo de terminación, lo cual corroboró la asesora de Recursos Humanos de la sociedad.

Finalmente, que en el acuerdo de terminación se hace referencia al cambio de condiciones laborales, lo cual no se esclarece; de tal manera, que de la valoración de la prueba testimonial como documental se acredita que la carta de renuncia era un requisito para la terminación de mutuo acuerdo, el cual desconoce el fuero de maternidad.



IV. CONSIDERACIONES:

4.1 Trámite de segunda instancia:

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

4.2 Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala auscultará la señora MARÍA INÉS PORRAS PADILLA, fue objeto de un despido discriminatorio en razón de su estado de embarazo.

4.3 Fuero de maternidad:

Debe acotarse inicialmente, que no existe discusión frente a la existencia del contrato de trabajo, así como los extremos laborales y el salario devengado, aspectos que además se desprenden del certificado suscrito por la sociedad accionada, en la que hace constar que la señora MARÍA INÉS PORRAS PADILLA, estuvo vinculada mediante contrato de trabajo término indefinido, por el período comprendido entre el 1º de agosto de 1992 y el 19 de diciembre de 2014, desempeñándose para la fecha del retiro como Auxiliar Proceso Industria (fl. 19 archivo digital 04ExpedienteDigital.pdf); así como de la liquidación definitiva de prestaciones sociales (fl. 20), y del contrato de



trabajo aportado por la accionada en la contestación de la demanda (fls. 149 y 150).

Ahora bien, por activa se pretende el reintegro ante el *despido* del que aduce fue objeto, para la fecha en que se encontraba en estado de gravidez, y por ende amparada por la estabilidad laboral reforzada de que trata el artículo 239 del C.S.T., mismo que, para la fecha del despido, reza:

“ARTÍCULO 239. PROHIBICIÓN DE DESPIDO.

1. Ninguna trabajadora podrá ser despedida por motivo de embarazo o lactancia sin la autorización previa del Ministerio de Trabajo que avale una justa causa.

2. Se presume el despido efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando este haya tenido lugar dentro del período de embarazo y/o dentro de los tres meses posteriores al parto.

De igual manera, el artículo 240 del C.S.T. regula lo atinente al permiso para despedir, y por su parte el artículo 241 *ejusdem*, estipula:

“ARTICULO 241. NULIDAD DEL DESPIDO. <Artículo modificado por el artículo 8o. del Decreto 13 de 1967. El nuevo texto es el siguiente:>

“1. El empleador está obligado a conservar el puesto a la trabajadora que esté disfrutando de los descansos remunerados de que trata este capítulo, o de licencia por enfermedad motivada por el embarazo o parto.



“2. No producirá efecto alguno el despido que el empleador comuniqua a la trabajadora en tales períodos, o en tal forma que, al hacer uso del preaviso, éste expire durante los descansos o licencias mencionados.

De otra parte, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1451-2023, Radicación No. 93394 del 21 de junio de 2023, señaló:

“De las anteriores normas se colige que la protección legal otorgada a las mujeres trabajadoras en embarazo o lactantes consiste en que estas no puedan ser despedidas mientras se encuentren en ese estado o durante los tres meses posteriores al parto.

“De presentarse la desvinculación unilateral por parte del empleador, en principio, se presume que tal actuación obedece a un acto discriminatorio por causa del embarazo, cuando no se cuenta con la debida autorización del inspector del trabajo”.

En la sentencia SL1350-2021, Radicación No. 74713 del 13 de abril de 2021, señaló:

“De las anteriores normas, se colige que la protección legal otorgada a las mujeres trabajadoras en embarazo consiste en que estas no puedan ser despedidas mientras se encuentren en ese estado o durante los tres meses posteriores al parto, presumiéndose que tal actuación, de presentarse, obedece a un acto discriminatorio por causa del embarazo, cuando no se cuenta con la debida autorización del inspector del trabajo, mas no opera cuando las relaciones laborales culminan de mutuo acuerdo, ya que esto no constituye una terminación unilateral del contrato de trabajo con o sin justa causa, sino un modo o forma de ponerle fin a un vínculo contractual, previsto en el literal b) del artículo 61 del CST, subrogado por el artículo 5 de la Ley 50 de 1990.

“La jurisprudencia de esta corporación ha precisado que las prerrogativas otorgadas por el Código Sustantivo del Trabajo a las

mujeres trabajadoras en estado de embarazo no pueden abarcar situaciones en las que la desvinculación obedece a una modalidad legal de terminación del contrato de trabajo y no como consecuencia de un despido.

"[...]"

"Con fundamento en lo transcrito y en lo consagrado en los artículos 61 y 62 del CST, resulta diáfano para la Sala que no era viable que el fallador de segundo grado le diera la misma connotación a una terminación unilateral del contrato de trabajo por despido y a una finalización del vínculo por mutuo consentimiento, en razón a que, se insiste, ambas figuras constituyen modos de ruptura contractual disímiles, que se distinguen por su significado y acarrear consecuencias distintas, pues la primera consiste en la decisión unilateral del empleador para dar por culminada la relación laboral, cuyos efectos dependerán de si ello obedeció o no a una justa causa de despido; mientras que la segunda implica un acuerdo de voluntades entre trabajador y empleador, autorizado legalmente, para dar por terminado el nexo contractual, de manera libre, espontánea, es decir, ausente de vicios del consentimiento como sucedió en el sub lite, según se verá más adelante, para lo cual, generalmente, se pactan concesiones recíprocas y se concilian o extinguen eventuales litigios futuros, siempre y cuando no versen sobre derechos ciertos e indiscutibles.

"Por otra parte, en la CSJ SL2382-2019, rad. 64962, la Corte explicó que los efectos de las normas protectoras de la mujer en estado de embarazo no son extensivos a los casos en que la trabajadora decide culminar la relación laboral de manera unilateral, libre y espontánea, consideraciones que son plenamente aplicables al sub examine. En dicha oportunidad se dijo:

"La primera de las normas, esto es, el numeral 2º del artículo 239 mencionado, lo que protege es la estabilidad laboral de la trabajadora embarazada o en estado de lactancia, por el periodo de tres meses posteriores al parto, si pretende ser despedida en esas circunstancias, pero en manera alguna tiene la capacidad



jurídica de mutar la voluntad de la trabajadora cuando decide separarse voluntariamente del cargo.

“En ese mismo orden, inane resultaba para el ad quem, quien concluyó que el vínculo expiró por renuncia voluntaria y no por despido, pronunciarse sobre aspectos que solo procedían en el segundo de los eventos. Luego tampoco incurrió en la infracción directa de los artículos 240 y 241 del CST, lo cual conduce al fracaso de tales acusaciones.

“De ahí que el Tribunal no pudiera hacer extensivas las disposiciones normativas del Código Sustantivo del Trabajo sobre protección a la maternidad a los casos de terminación del contrato de trabajo por «mutuo acuerdo», sin tener un soporte jurídico o fáctico para ello, a menos que se hubiera declarado la invalidez de la transacción, pues en este asunto en particular, además de que no existió un despido por parte del empleador, tampoco el contrato de trabajo fue celebrado a término fijo, sino indefinido tal y como quedó establecido desde la misma demanda inicial y su contestación (f.º 1 y 123), como para que el fallador hubiera podido acudir eventualmente a aplicar la excepción jurisprudencial que acaba de referirse”.

Una vez determinado lo anterior, debe referirse que se aportó copia de la renuncia que presentara la trabajadora el 16 de diciembre de 2014 (fl. 159 archivo digital 04ExpedienteDigital.pdf), en la cual expresa:

“Por medio de la presente quiero informarles mi renuncia al cargo que he venido desempeñando en la industria de alimentos; esta decisión la tomo por razones estrictamente personales y a partir del 19 de diciembre, siendo mi último día laborado el viernes 19 de diciembre de 2014”.

En igual sentido, se aportó el denominado “ACUERDO TERMINACIÓN DE CONTRATO LABORAL” (fl. 153), en el cual se manifiesta:



“TERCERO: ALMACENES EXITO S.A., y María Porras Padilla sostienen conversaciones relacionadas con la terminación de su contrato de trabajo, dado que han cambiado las condiciones de modo, tiempo y lugar para que el mismo se desarrolle y llegan al siguiente acuerdo relacionado con la terminación del contrato y el reconocimiento de derechos laborales sobre temas inciertos y discutibles, sin necesidad de trámites administrativos.

“CUARTO: ALMACENES EXITO S.A. y María Porras Padilla acuerdan en dar por terminado el contrato de trabajo, por mutua voluntad a partir del 19 de Diciembre de 2014; momento en el cual se le pagan las prestaciones sociales causadas y al existir el derecho incierto y discutible de la eventual estabilidad laboral y otros derechos nacidos al momento de esta finalización tales como la eventual y discutida indemnización por terminación de contrato, riesgos profesionales, aportes a la seguridad social, entre otros, se acuerda con el fin de resolver todo eventual y posible conflicto el pago de una compensación económica única.

“[...]

“OCTAVO: La señora María Porras Padilla, manifiesta que el presente acuerdo laboral, fue efectuado con su libre consentimiento y capacidad del trabajador [...].

Así las cosas, se advierte en primera instancia que se acreditó que el contrato de trabajo no feneció como consecuencia de una decisión unilateral del empleador que se constituya en un *despido*, sino en la terminación de mutuo acuerdo, exteriorizada por la trabajadora tanto en el acuerdo de terminación como en la renuncia que presentara, para lo cual manifestó hacerlo de manera libre y voluntaria.



De tal manera, que no se predica la estabilidad laboral reforzada deprecada, en tanto, tal como se advierte de la jurisprudencia antes citada, la misma no tiene como finalidad aquellos eventos de terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo.

Ahora bien, aduce la parte recurrente que el acuerdo estuvo *amañado* por la empresa, pues tenía por objeto un plan masivo de retiro de trabajadores, motivo por el cual no existió una renuncia libre y voluntaria, máxime que no fue informada de las implicaciones de la firma del acuerdo de terminación, debiendo tener asesoría y acompañamiento.

Al respecto, se advierte que se pretende la *ineficacia o nulidad del acuerdo de voluntades* por medio del cual se finiquitó el contrato de trabajo, precedida de la misiva de renuncia de la trabajadora, sin embargo, en las pretensiones principales de la demanda se deprecó la nulidad del *despido*, figura que, como viene de verse, no medio en la terminación del contrato de trabajo.

De igual manera, se pretendió de manera subsidiaria que se declare que la terminación del contrato de trabajo fue sin justa causa, lo cual, en igual sentido, dista de la nulidad del acuerdo de voluntades o de la renuncia presentada.

De tal manera, que en primera medida debe señalarse que la parte demandante no acreditó que se haya finiquitado la relación laboral mediante un *despido*, siendo ese el supuesto fáctico en que se sustentan las



pretensiones de nulidad del despido, así como el de declarar que acaeció sin justa causa.

Finalmente, debe señalar que, aunado a lo anterior, por activa no se acreditó que mediara un vicio del consentimiento, pues no se acreditó que el acuerdo de voluntades se haya suscrito por un indebido o nulo asesoramiento que tuviera por objeto el truncar la voluntad de la demandante, quien en todo caso, tenía a su alcance el no acordar la terminación del contrato así como no presentar la renuncia, máxime que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras, en la sentencia SL186-2023, Radicación No. 93300, del 7 de febrero de 2023, ha considerado la viabilidad de verificar planes de retiro voluntario, lo cual no trasgrede el ordenamiento jurídico laboral. Sobre el particular, señaló:

“Debe recordarse que la jurisprudencia ha reiterado que los planes de retiro voluntario son viables y válidos en el marco de una relación laboral, pero siempre queda a voluntad del trabajador el aceptarlo o rechazarlo. Así, en sentencia CSJ SL, 4 abr. 2006 rad. 26071 y CSJ SL, 3 may. 2011, rad. 39045, la Corte explicó:

“No sobra recordar lo que de antaño y de manera pacífica ha enseñado la Corte en el sentido de que no existe prohibición alguna que impida a los empleadores promover planes de retiro compensados, ni ofrecer a sus trabajadores sumas de dinero a título bonificación, por ejemplo por reestructuración, sin que ello, por sí solo, constituya un mecanismo de coacción, pues tales propuestas son legítimas en la medida en que el trabajador está en libertad de aceptarlas o rechazarlas, e incluso formularle al patrono ofertas distintas, que de igual manera pueden ser aprobadas o desestimadas por este, por lo que no es dable



calificar ni unas ni otras de presiones indebidas por parte de quien las expresa, pues debe entenderse que dichas ofertas son un medio idóneo, legal y muchas veces conveniente de rescindir los contratos de trabajo y zanjar las diferencias que puedan presentarse en el desarrollo de las relaciones de trabajo.

Aunado a lo anterior, de la revisión de la prueba testimonial rendida por LIDIA PORRAS PADILLA, hermana de la demandante, no se advierte que le conste la existencia de algún vicio del consentimiento al momento de suscribir el acuerdo de terminación, así como la misiva de renuncia, haciendo mención a la angustia que refiere le ocasionó el perder el empleo, lo cual no acredita que se haya truncado su voluntad, así mismo aseveró que estima que la accionante fue *despedida*, lo cual desprende solo aduciendo una *falta de garantía* para su hija, mas no refiere ni acredita en manera alguna que haya sido coaccionada.

Por su parte el señor HÉCTOR ESPITIA PICÓN, quien fuera compañero permanente de la demanda, relación de la cual refiere que procrearon una hija, y que además la unión marital de hecho culminó hace más de 18 años, señaló que también laboró para la accionada ALMACENES ÉXITO S.A., señaló que su contrato, así como el de la demandante, terminó por decisión intempestiva de la empleadora, sin que haya mediado renuncia alguna, manifestación que no obstante, contradice las pruebas recabadas en el plenario, más aún cuando refiere que fue la demandante quien le comentó que fue despedida, sin que haya estado presente en la suscripción del acuerdo de terminación, manifestando no conocer la persona que en nombre de la empresa adelantó la terminación del contrato de la demandante, así como el



hecho de haber pactado una suma de dinero por la suscripción del mismo, hecho que se encuentra plenamente acreditado en autos.

La señora YURIANA CAROLINA AYALA VELOZA, quien presta servicios como auxiliar de recursos humanos de ALMACENES ÉXITO S.A., aseveró que la terminación del contrato se acordó con el entonces jefe de Recursos Humanos señor EFREN CARO, siendo la demandante quien se acercó para buscar una fórmula de arreglo, ello en tanto le comentaron que la actora tenía una deuda con medida cautelar de embargo que requería solucionar. Señaló no estar presente en las conversaciones del acuerdo, y que la demandante si presentó la renuncia con base en el acuerdo al que arribaron. Testimonio que, *a contrario sensu* de lo alegado por la recurrente, tampoco da cuenta de la existencia de vicios del consentimiento, pues si bien manifiesta que en primer lugar se suscribe la renuncia y posteriormente el acuerdo, tal aspecto no implica que se haya truncado su autonomía de la voluntad.

Finalmente, el señor EFREN CARO, quien labora para la accionada, y se desempeñaba como Jefe de Recursos Humanos, aseveró la demandante firmó en el año 2014 una terminación del contrato de trabajo de mutuo acuerdo, proceso en la cual participó personalmente, mismo que se llevó de manera privada con la trabajadora y previa petición de la demandante, quien alegó como motivo que iba a iniciar un negocio personal y solucionar una obligación, momento para el cual la empresa ofrecía de manera indistinta un monto de dinero frente a dicha culminación, siendo la trabajadora quien manifestó interés en dicha oferta.



Aseveró que la demandante le informó que se encontraba en estado de embarazo, así como que era su deseo acogerse a la oferta de retiro, siendo ella quien decidió renunciar a su empleo para acogerse al plan de retiro. Medio de convicción, que tampoco acredita un vicio del consentimiento.

En ese orden de ideas, le asistió razón a la *a-quo* al haber absuelto de la totalidad de las pretensiones, en tanto no se acreditó la existencia del despido discriminatorio, ni mucho menos la existencia de vicios del consentimiento frente a la terminación de mutuo acuerdo, así como para la presentación de la misiva de renuncia.

Como corolario de lo anterior, se confirmará la decisión de primer grado. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandante. Las agencias en derecho se fijan en la suma de \$300.000.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:



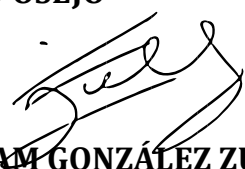
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de noviembre de 2022 por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones vertidas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Las agencias en derecho se fijan en la suma de \$300.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

En uso de permiso
LUIS CARLOS GONZÁLEZ V.
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 **19 2020 00411 01**
Demandante: OMAR AUGUSTO ZAMBRANO GAVIRIA
Demandados: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES al abogado KEVIN DAVID MORA RODRÍGUEZ, identificado con cédula de ciudadanía 1.085.313.398 y T.P. 315.218 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES en contra de la sentencia proferida el 14 de noviembre de 2023 por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

El señor OMAR AUGUSTO ZAMBRANO GAVIRIA 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 a través de PROTECCIÓN S.A., y que se encuentra válidamente afiliado a COLPENSIONES.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido por motivo de afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de las aseguradoras con todos sus frutos como; rendimientos financieros, intereses y gastos de administración. Además, se condene a COLPENSIONES a validar todos los aportes en pensión que traslade COLFONDOS y actualice su historia laboral, finalmente, solicita se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, refirió que fue trasladado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 1º de marzo de 2007, sin embargo, pese a suscribir el contrato de traslado al RAIS se omitió la obligación del buen consejo por parte de ese régimen al no brindarle una información clara y completa sobre los beneficios, contras y consecuencias del traslado. De otro lado, agregó que el 27 de octubre de 2020 solicitó al fondo privado información de su pensión y la aceptación del traslado de régimen, misma calenda en la que solicitó a COLPENSIONES su traslado al régimen que administra, peticiones que fueron denegadas. (f. 1 a 3 archivo 02).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PROTECCIÓN S.A. al contestar la demanda se opuso a las pretensiones de la misma, arguyendo que la afiliación del demandante a ese fondo constituye un acto jurídico plenamente válido, emanado de su voluntad y del cual nacieron obligaciones para ambas partes, las que no pueden ser desvirtuadas por afirmaciones indeterminadas como las que realiza el afiliado, dado que por su

propia iniciativa, en forma libre y voluntaria decidió afiliarse a esta administradora. Además, se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado consagra en la Ley 797 de 2003 por estar a menos de 10 años de cumplir la edad límite de pensión, por ende, no puede regresar al RPMPD.

En su defensa formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, la innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el 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 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. (archivo 04)

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones impetradas por el demandante, aduciendo que en el expediente no obra prueba que dé cuenta que al demandante se le hubiese hecho incurrir en error o falta al deber de información por parte de ese fondo, o que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento, tampoco obra nota de protesta o de inconformidad por parte de éste, al contrario, las documentales se encuentra sujetas a derecho, y que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar manifestar constreñimientos o presiones indebidas, igualmente no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, al estar incurso en la causal de prohibición legal de traslado del artículo 2º de la Ley 797 de 2003. Por último, expuso que debe tenerse en cuenta la sentencia SL373-2021, que moderó la posibilidad de declarar la ineficacia ante una jurídica consolidada o adquirir estatus de pensionados en el régimen de ahorro individual.

Propuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento

de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (f. 2 a 35 archivo 05).

Mediante auto fechado el 5 de septiembre de 2022, se dispuso, vincular como litisconsortes necesarios a COLFONDOS S.A. y a PORVENIR S.A. (archivo 07)

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, arguyendo que al demandante se le aplica la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Como excepciones propuso las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la genérica. (archivo 08)

COLFONDOS S.A. contestó con oposición a las pretensiones de la demanda, indicando que no existen presupuestos de hecho ni de derecho para despachar favorablemente las pretensiones de la demanda, acotando que el demandante se encuentra válidamente vinculado al RAIS.

Como excepciones formuló las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago. (archivo 09)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

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

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado del señor OMAR AUGUSTO ZAMBRANO GAVIRIA, identificado con C.C N° 79.391.154, 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

S.A., identificada con NIT N° 800.144.331-3, el día 14 de enero de 1999, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado al demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por COLPENSIONES, desde el 10 de marzo de 1994, hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a las demandadas PROTECCIÓN S.A., quien actualmente administra los aportes a pensión del demandante, a las demandadas COLFONDOS S.A. quien fue AFP intermedia y a PORVENIR S.A., la cual realizó el traslado primigenio a devolver a COLPENSIONES los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor como cotizaciones, aportes adicionales, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración con destino a COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, sumas debidamente indexadas, donde COLPENSIONES está obligada a recibir dichas sumas.

CUARTO: Al momento de cumplirse esta orden los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Por lo tanto, se REQUIERE a COLPENSIONES para que proceda a actualizar la historia laboral de la parte demandante una vez reciba las sumas.

QUINTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra por las razones expuestas en esta providencia.

SEXTO: Se condena en costas a la demandada PORVENIR. Tásense por Secretaría.

SEPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión, 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 mencionó los artículos 60, 61 y 145 del C.P.T. y de la S.S., los artículos 164, 165 y 167 del C.G.P., y 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, entre otros. A su vez, señaló que la reiterada jurisprudencia del órgano de cierre de esta especialidad ha sostenido sobre los traslados de regímenes pensionales, que son las administradoras las encargadas de garantizar a los usuarios que la elección sea libre y voluntaria mediante la entrega de la información completa y transparente acerca de los dos regímenes pensionales, de modo tal, que le permitan elegir la entidad que más le favorezca según su situación pensional.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Explicó que la carga de la prueba en estos casos se invierte, por tratarse de un supuesto negativo, de tal suerte que le corresponde a la AFP acreditar que sí cumplió con su deber de información, máxime cuando está en mejor posición de probar. En ese orden, encontró que la AFP PORVENIR S.A. no aportó prueba alguna tendiente a demostrar que le informó al afiliado sobre las implicaciones, requisitos, condiciones, lo que demuestra que no le suministró una información veraz y completa, lo cual no se prueba con el formulario de afiliación mediante el cual se afilió el promotor al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Circunstancia por la cual, declaró la ineficacia del traslado y ordenó a las encartadas que procedan con la devolución a COLPENSIONES de las sumas que obran en la cuenta del actor, junto con los demás conceptos que señaló en la sentencia debidamente indexados o actualizados. Finalmente declaró no probada la excepción de prescripción.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la demandada PORVENIR S.A. la apeló de forma parcial, frente a la orden de devolver las sumas de forma indexada, dado que el demandante no lo solicitó en las pretensiones tal condena, además, mientras estuvo afiliado con ese fondo no se dio una devaluación del poder adquisitivo de la moneda, por el contrario durante su vinculación con esa administradora, se generaron unos rendimientos financieros que se trasladaron en su debido momento a la AFP que seleccionó posteriormente, con los cuales se compensa cualquier pérdida fondo, tal como lo ha entendido entre otros, el Tribunal Superior de Cundinamarca en sentencia emitida el 21 de junio de 2022, por lo que tal condena resulta incompatible al haber ordenado la restitución de los rendimientos financieros y al mismo tiempo la indexación de ciertos valores, por eso solicitaría se revoque la misma.

COLFONDOS S.A. en su alzada, solicita se revoquen las condenas impuestas a su representada dado que el traslado a ese fondo en 2001 fue horizontal y a la fecha el demandante no se encuentra afiliado a ese fondo, ya que se afilió a PROTECCIÓN S.A., por lo que los dineros que obraban en la cuenta individual de los ahorros fueron trasladados conforme lo establece el artículo 113 de la Ley 100 de 1993. Igualmente, mencionó que el artículo 20 *ibidem* autoriza a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

los fondos de pensiones a descontar lo concerniente a gastos de administración, primas de seguros previsionales y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y los dos últimos no se encuentran en su poder por cuanto fueron pagados a terceros de buena fe que en su momento cubrieron al demandante en frente a las contingencias de invalidez y la muerte, por lo cual no es posible devolver estas sumas y menos aún de forma indexada.

A su vez, destacó que al momento de la afiliación a ese fondo el actor suscribió el formulario de afiliación y se estaba en la primera etapa del deber de información, aunado a que no es beneficiario del régimen de transición y solo quiere retornar al régimen de prima media por una diferencia en su mesa pensional.

COLPENSIONES en su apelación refirió que de las pruebas recaudadas en el trámite procesal no se probó la falta al deber de información que alegó el actor, además, la única prueba con que cuentan los fondos para acreditar tal deber alude al formulario de afiliación, por lo que solicita se valoren nuevamente las pruebas, más aun cuando no tuvo injerencia en las afiliaciones efectuadas por el actor al RAIS y la decisión atacada conlleva a la descapitalización del sistema pensional al tener que reconocer una posible pensión, por lo que la decisión de instancia debe ser revocada. De otro lado, solicita que en caso de confirmarse la sentencia de instancia se condicione el cumplimiento del fallo al traslado de todos los recursos ordenados.

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,*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 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 PORVENIR S.A. el 14 de enero de 1999, igualmente, se allegó formulario de afiliación a través del cual se trasladó a SANTANDER hoy PORTECCIÓN S.A. el 31 de enero de 2007; vinculaciones que se hicieron efectivas según el reporte SIAFP el 1º de marzo de 1999 y el 1º de marzo de 2007, a su vez, se observa que el gestor también se vinculó a COLFONDOS el 17 de diciembre de 2001, la cual se efectivizó el 1º de febrero de 2002, según el citado reporte. (f. 66 archivo 08, f. 29 y 35 archivo 04)

Visto lo anterior, no puede olvidarse que los formularios de afiliación 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 OMAR AUGUSTO ZAMBRANO GAVIRIA, quien expuso que realiza aportes a pensión desde marzo de 1994, y que posteriormente estando al servicio de una empresa manufacturera fueron visitados por asesores de PORVENIR S.A. quienes les dijeron que el ISS sería liquidado y por ello debían afiliarse a un fondo privado a pensiones, realizando una afiliación masiva a esa administradora, agregando que las demás afiliaciones a los otros fondos privados se dieron en similares condiciones, dado que los fondos ofrecían estabilidad, y la opción de pensionarse con mayor mesada, empero, no le dieron más información sobre los regímenes pensionales.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1999, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

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

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración sobre los cuales hacen alusión el fondo apelante, 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparece que COLFONDOS S.A. Deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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, adicionalmente, no hay lugar a la compensación que alude el impugnante, porque nada deben el actor a alguna de las encartadas, desestimándose así los argumentos expuestos sobre tales aspectos.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 primera instancia. Sin embargo, estima la Sala necesario modificar el numeral tercero de la sentencia de primer grado, en el sentido de precisar que las sumas que deben indexar PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. al momento de su devolución a COLPENSIONES aluden a los gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima. Asimismo, es del caso precisar frente a la manifestación de COLPENSIONES que se sobreentiende que el cumplimiento de la sentencia por parte de esa entidad está supeditado a que las demás encartadas cumplan con lo ordenado a su cargo, por lo que no hay lugar a emitir orden alguna sobre el particular. Así las cosas, 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 14 de noviembre de 2023 por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de precisar que las sumas que deben indexar PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. al momento de su devolución a COLPENSIONES aluden a los



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez 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: COSTAS en esta instancia a cargo de cada una las recurrentes PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES. Fíjense como valor de 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

En uso de permiso
LUIS CARLOS GONZÁLEZ V.
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 23 2022 00544 02
Demandante: DILIA ESPERANZA QUINTERO PATIÑO
Demandados: COLPENSIONES, PORVENIR y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA:

El presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la sentencia proferida el 5 de febrero de 2024 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora DILIA ESPERANZA QUINTERO PATIÑO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., a fin de declararse la ineficacia efectuada del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Por consiguiente, se le ordene a COLFONDOS S.A. devolver al Régimen de Prima Media con Prestación Definida todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación en el régimen privado, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, ordenando a su vez a COLPENSIONES continuar con su afiliación sin solución de continuidad.

En últimas, se les condene a las demandadas a que el pago se efectúe en forma indexada, lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita* y la cancelación de costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que inició sus cotizaciones al sistema general de pensiones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, trasladándose con posterioridad al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de la AFP PORVENIR S.A. y, con finalmente, realizó un traslado horizontal a COLFONDOS S.A.

Que los asesores de la AFP PORVENIR S.A. al momento del traslado no le suministraron la información necesaria para tomar la decisión, induciéndola al error, ya que no se le efectuó una proyección pensional, la diferencia entre ambos regímenes pensionales, ventajas o desventajas de los mismos, entre otros aspectos de desinformación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones, argumentando para lo pertinente que la demandante se encuentra inmersa dentro de la prohibición legal del traslado regulada en la Ley 797 de 2003, por lo que, de proceder la ineficacia del traslado, tal situación contravendría no solo disposiciones de carácter legal, sino que también afectaría el principio de sostenibilidad financiera, conllevando así a una descapitalización del sistema pensional.

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 constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para

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

COLFONDOS S.A. adujo en su contestación que la afiliación de la demandante ante sus dependencias fue precedida de una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen, donde se le indicó acerca de las características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, su funcionamiento, la diferencia entre ambos regímenes pensionales, las ventajas y desventajas de los mismos, así como el derecho de rentabilidad que producen los aportes.

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, compensación y pago y la denominada inexistencia e imposibilidad de devolver gastos de administración, comisiones y seguros provisionales.

PORVENIR S.A. arguyó que dentro del asunto de marras se configura una falta de legitimación en la cusa, toda vez que la vinculación de la demandante ante sus dependencias no existe ni ha existido, adicional al hecho que el vínculo que se cuestiona es el celebrado entre la actora y la AFP COLFONDOS S.A.

Formuló como medio exceptivo el denominados falta de legitimación.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 5 de febrero de 2024, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de la demandante DILIA ESPERANZA QUINTERO PATIÑO al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante DILIA ESPERANZA QUINTERO PATIÑO, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia incluidos los gastos administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir a la señora DILIA ESPERANZA QUINTERO PATIÑO en el régimen de Prima Media, como si nunca se hubiese trasladado de dicho régimen y a corregir su historia laboral, conforme a las semanas cotizadas en el Régimen de Ahorro Individual.

CUARTO: DECLARAR probada la excepción de FALTA DE LEGITIMACIÓN, propuesta por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

QUINTO: DECLARAR no probadas las demás excepciones propuestas por las demandadas.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

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

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* precisó que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establece que la libertad de escogencia de régimen pensional es un derecho de los afiliados. Asimismo, trajo a colación el artículo 1604 del Código Civil, el cual establece que la prueba del cuidado o la diligencia en los contratos incumbe al que ha debido emplearlo, por lo que considera que está en cabeza de las AFP probar el cumplimiento del deber de información a raíz de la responsabilidad profesional que ostentan. Seguidamente, adujo que se probó que la demandante estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS y se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad el cual se hizo efectivo a partir del 31 de marzo de 1995 por medio de COLFONDOS S.A.

De otro lado, señaló que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha establecido sobre las AFP la labor de brindar información cierta,

completa, suficiente, necesaria y oportuna de las características de los regímenes pensionales, la inversión de la carga de la prueba en los procesos de esta naturaleza y la no relevancia de situaciones como el régimen de transición o tener una expectativa legítima, por lo que de no cumplir con tales presupuestos, según los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, lo que procede es la ineficacia del traslado.

Al examinar las pruebas aportadas al trámite procesal, entre ellas el interrogatorio de parte practicado a la demandante, concluyó que no se acreditó el cumplimiento del deber de información por parte de COLFONDOS S.A. en el momento del traslado de la actora, declarando la ineficacia del traslado de régimen y ordenando la devolución de los emolumentos que obran en la cuenta de ahorro individual de la gestora hacia COLPENSIONES.

Mencionó que si bien la actora advirtió que los aportes efectuados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida se trasladaron a la AFP PORVENIR S.A., se encuentra probado que si bien se suscribió afiliación con dicha AFP la misma se invalidó por cuanto se encontraba afiliada a la AFP COLFONDOS S.A. ante la figura de multifiliación, de allí que coligiera que respecto de PORVENOR S.A. no se puede efectuar condena alguna.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

D conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., el proceso se estudia en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, ya que la decisión de primera instancia fue adversa a sus intereses.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes 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*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuara la demandante por intermedio de la AFP COLFONDOS S.A. el 31 de agosto de 1995 (Fl. 48 – PDF 09 CONTESTACIÓN LLAMADO EN GARANTÍA COLFONDOS 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 en 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 DILIA ESPERANZA QUINTERO PATIÑO 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.

En este punto, como lo determinó el fallador de instancia, si bien la demandante alegó que efectuó una vinculación dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A., tal afiliación fue invalidada en la medida que se encontraba afiliada en COLFONDOS S.A., de allí

que no haya lugar a imponer condena alguna frente a la referida PORVENIR S.A.

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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”.*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

De lo anterior, dimana con claridad que la decisión de primer grado se encuentra ajustada a derecho por lo que habrá de confirmarse en su integridad.

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

V. DECISIÓN:

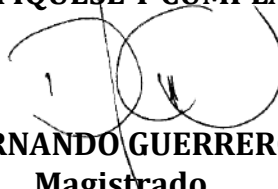
En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esa sentencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

En uso de permiso
LUIS CARLOS GONZÁLEZ V.
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 24 2020 00026 01
Demandante: MARTHA GLADYS LÓPEZ FAJARDO
Demandados: COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

AUTO:

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida el 29 de enero de 2024 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MARTHA GLADYS LÓPEZ FAJARDO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., a fin de declararse la

ineficacia del traslado efectuado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de la referida AFP PROTECCIÓN S.A.

Por consiguiente, se ordene el traslado de sus aportes realizados en el régimen privado con destino al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, junto con los rendimientos, frutos, intereses y bonos pensionales en caso de existir.

En últimas, 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, refirió que nació el 1º de agosto de 1964, efectuando cotizaciones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida por el periodo comprendido entre el 1º de mayo de 1995 y el 31 de mayo de 1999.

Adujo que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 19 de abril de 1999, decisión que no fue informada, autónoma y consciente, como quiera que no se le suministró una información completa, integrada, veraz y transparente sobre las características de cada uno de los regímenes pensionales, las ventajas y desventajas, consecuencias del traslado de régimen y la forma en que el mismo impactaría en su mesada pensional.

Igualmente, adujo que PROTECCIÓN S.A. no cumplió con la obligación de acreditar que en su momento le suministraron la asesoría de forma integral, incluyendo aspectos tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen los dos regímenes pensionales, las modalidades pensionales de ambos, entre otros aspectos de desinformación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que el traslado realizado por la

demandante a través de PROTECCIÓN S.A. fue de manera libre, consciente y voluntaria, decidiendo suscribir el formulario de afiliación de acuerdo con los requisitos establecidos en el Decreto 663 de 1993, adicional al hecho de que la actora se encuentra incurso dentro de la prohibición legal de que trata el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Propuso las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373-2021, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho, compensación, innominada o genérica y la denominada no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

PROTECCIÓN S.A. indicó que a la demandante se le informó a través del promotor una asesoría integral, clara, comprensible y objetiva sobre el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad resaltando sus características principales y diferenciadoras, indicándole que el monto de su prestación económica sería variable al depender del monto de los aportes ahorrados a lo largo de su vida laboral y los rendimientos financieros que generaban los mismos, además de sus aportes voluntarios, sus beneficiarios, la existencia o no de un bono pensional y la regulación de la Superintendencia Financiera y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para liquidar la mesada pensional, realizándose comparativos generales entre uno y otro régimen, señalándole a su vez, que el RAIS es completamente diferente y excluyente respecto al RPM, sin que pueda hablarse de uno mejor que otro ya que esto depende de las circunstancias especiales de cada afiliado.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración

cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, 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.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 29 de enero de 2024, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA de la afiliación que hizo la señora **MARTHA GLADYS LÓPEZ FAJARDO** al RAIS a través de COLMENA AG CESANTÍAS Y PENSIONES hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN que se hizo el 1° de diciembre de 1996 y las demás que se hubiesen efectuado, tal y como se señaló en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR que, para todos los efectos legales la señora **MARTHA GLADYS LÓPEZ FAJARDO** nunca se vinculó al RAIS, contrario a ello, siempre estuvo en el RPMPD.

TERCERO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN** a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora **MARTHA GLADYS LÓPEZ FAJARDO**, ello significa que debe trasladar saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos, bonos pensionales, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, los valores utilizados en seguros previsionales, las comisiones, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, además de lo anterior, al momento de cumplirse la sentencia, esos conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores junto con el detalle pormenorizado de ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que lo justifique.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADA los hechos sustento de las excepciones.

QUINTO: Sin condena en costas.

SEXTO: En el evento en que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES no interponga recurso de apelación, REMÍTASE para que se surta el grado jurisdiccional de consulta para que se surta en su favor.”

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* indicó que con la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, se establecieron dos regímenes pensionales, siendo libre y

voluntaria la afiliación a los mismos y el traslado entre estos, solo podía llevarse a cabo en inicio cada tres años y posteriormente se modificó a cada cinco (5) años, sin que fuera posible trasladarse antes de estar a diez años de la edad de pensión. De otro lado, mencionó que el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace alusión a la información que deben suministrar los fondos a los usuarios para la fecha del traslado, norma vigente para la fecha del traslado de régimen de la actora en el año 1996.

Igualmente, refirió que conforme lo ha adoctrinada la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en lo que atañe a la carga de la prueba es a PROTECCIÓN S.A. a quien le corresponde demostrar una debida asesoría o información a sus potenciales afiliados en lo que respecta a las consecuencias favorables o desfavorables entre uno y otro régimen pensional en atención de la carga de la prueba reglada en el artículo 167 del C.G.P., entendida esta como una información clara, completa y comprensible sobre la trascendencia de su decisión.

Que en tal sentido, dicha situación que no se logró probar en el evento de la demandante, máxime si se tiene en cuenta que con el formulario de afiliación no puede entenderse suplida esa carga probatoria y del interrogatorio de parte tampoco se extrae confesión al respecto; por tanto, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional y dispuso la devolución con destino al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de saldos, junto con sus rendimientos, bonos pensionales, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, los valores utilizados en seguros previsionales, las comisiones, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, además de lo anterior, al momento de cumplirse la sentencia, esos conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores junto con el detalle pormenorizado de ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que lo justifique.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Argumentó en su alzada que la demandante se encuentra válidamente afiliada en el Régimen de Ahorro

Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A., además que cuando la actora decidió trasladarse lo hizo de manera libre y voluntaria, máxime el deber de información para esa época comportaba únicamente el deber de información.

Que si bien es cierto se invirtió la carga de la prueba frente a PROTECCIÓN S.A., teniendo en cuenta lo expuesto por la Corte Constitucional frente al artículo 167 del C.G.P., no sería posible invertir la carga de la prueba de manera tácita como quiera que la demandante también hace parte del negocio jurídico celebrado y que el óbice de la declaratoria de ineficacia, sumado a que la actora se encuentra dentro de la prohibición legal para retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

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 COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. el 12 de octubre de 1996 (Fl. 41 – PDF 06 CONTESTACIÓN DEMANDA PROTECCIÓN S.A.), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado 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, la aquí demandante señora MARTHA GLADYS LÓPEZ FAJARDO 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 PROTECCIÓN S.A. por cuanto no se obtuvo confesión alguna de la debida asesoría al tenor de los preceptos emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, carga probatoria que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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

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



	información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría 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 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 de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, dado que la AFP PROTECCIÓN S.A. no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen del promotor.

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

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con

todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

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

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

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

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

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

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas 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*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 PROTECCIÓN 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 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: ACLARAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, en el entendido de indicar que la AFP PROTECCIÓN 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.

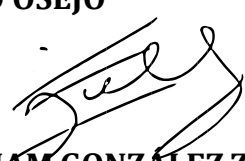
TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente COLPENSIONES. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000 y a favor de la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

En uso de permiso
LUIS CARLOS GONZÁLEZ V.
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 25 2022 00091 01
Demandante: JAIRO ENRIQUE NIÑO GOMEZ
Demandados: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 23 de febrero de 2024 por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JAIRO ENRIQUE NIÑO GOMEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin de declararse la 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 PORVENIR S.A. Asimismo, se declare que para todos los efectos legales siempre ha estado afiliado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida que administra COLPENSIONES.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, pretende se condene a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES, todos los valores que hubieren recibido con motivo de su vinculación a ese fondo, tales como, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos y demás valores a que haya lugar, junto con los gastos de administración debidamente indexados. A su vez, se ordene a COLPENSIONES lo reciba en el régimen que administra, actualice su historia laboral y reciba las sumas antes descritas. Finalmente, solicita se condene a lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*, más las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que realizó aportes al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES desde el 1º de febrero de 1987 hasta el 30 de enero de 2001; y que posteriormente se afilió al Régimen de Ahorro Individual administrado a través de PORVENIR, en donde realiza cotizaciones desde febrero de 2001 hasta la actualidad.

De otra parte, añadió que previo al traslado ese fondo no le suministró información clara, suficiente veraz y oportuna sobre las implicaciones de dicho cambio teniendo en cuenta su situación particular, además no le informó sobre los riesgos, las características, las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales y los requisitos para obtener la pensión de vejez en estos. Por último, refirió que elevó reclamación administrativa ante COLPENSIONES el 28 de septiembre de 2021 y que a la presentación de la demanda no ha recibido respuesta. (f. 1 a 12 archivo 01)

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones elevadas en su contra, arguyendo que el traslado del actor el 1º de febrero de 2001, fue producto de una decisión libre e informada tal como da cuenta el formulario de afiliación el cual se presume autentico, además las características de ese régimen están consagradas en la Ley 100 de 1993.

Propuso como de excepciones de fondo las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la genérica. (f. 2 a 32 archivo 11).

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones del libelo genitor, aduciendo que la demandante realizó su traslado de conformidad con el literal b del artículo 13 literal de la Ley 100 de 1993, es decir en ejercicio al derecho a su libre escogencia de régimen, prefiriendo el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR.

En su defensa formuló las excepciones de mérito las 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. (f. 3 a 11 archivo 12)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 23 de febrero de 2024, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación del demandante JAIRO ENRIQUE NIÑO GOMEZ, identificado con C.C. No. 6.775.381 efectuada ante PORVENIR S.A., mediante formulario No. 014831181 de 6 de diciembre de 2000, lo que conlleva a ordenar a COLPENSIONES que lo reciba en el régimen que administra como su afiliado junto con la totalidad de los ahorros del demandante actualizando su historia laboral, con el fin de garantizar su derecho pensional en el régimen de prima media conforme lo motivado.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A., que traslade a COLPENSIONES la totalidad de lo ahorrado por el actor en su cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos los rendimientos y demás valores causados producto de su afiliación, así como la devolución de los gastos de administración debidamente indexados por el periodo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES que una vez PORVENIR S.A. dé cumplimiento a la presente decisión procesa a aceptar el traslado del demandante como su afiliado, y permitirle continuar cotizando hasta obtener su pensión en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, siendo un regreso automático y sin solución de continuidad.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

CUARTO: CONDENAR en COSTAS a PORVENIR S.A. y a favor del demandante por suma de \$1.800.000.

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

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* refirió que el Alto Tribunal de cierre de esta especialidad ha sentado una línea jurisprudencial en torno al tema de la ineficacia del traslado de régimen ante el incumplimiento del deber de información por parte de las administradoras de pensiones, siendo entre otras relevante la SL1452 de 2019 en la que se indicó que debía analizarse ese deber teniendo en cuenta el momento histórico en que se produjo el traslado, destacando algunos aspectos a tener en cuenta, como que se debe cumplir tal deber, que el formulario de afiliación no acredita su cumplimiento pues solo evidencia un consentimiento pero no informado y que en estos casos la carga de la prueba esta en cabeza del fondo de pensiones, además, la jurisprudencia ha señalado que para declarar la ineficacia no es necesario estar a portas de causar un derecho o ser beneficiario del régimen de transición.

Al respecto, al examinar el acervo probatorio recaudado en el trámite procesal concluyó que el fondo demandado no había cumplido con la carga de la prueba en cabeza de esa administradoras, declarando así la ineficacia de la afiliación por medio de la cual se trasladó de régimen y en consecuencia ordenó la devolución de los emolumentos que obren en la cuenta individual de ahorro del actor, por último, declaró no probadas las excepciones propuestas, 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 PORVENIR S.A. la apeló. Al respecto, adujo que no se puede predicar una ausencia del deber de información en el traslado de régimen que llevó a cabo el actor, pues su vinculación se produjo de manera libre y consiente después de haber sido debidamente informado y asesorado como consta en el formulario de afiliación, el cual era la única exigencia para realizar al traslado en esa época. Aunado a que el gestor ha permanecido afiliado en el régimen que representa por más de 20 años, lo cual se colige del interrogatorio que depuso.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Igualmente, éste no llevo a cabo a ninguna manifestación de inconformidad ante ese fondo en el término de ley, y además el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 establece conceptos que se deben devolver entre los cuales no están los gastos de administración y los seguros previsionales, pues de ser así debería darse aplicación a las restituciones mutuas, ya que de otro lado se estaría dando lugar a un enriquecimiento sin justa causa. De otra parte, solicita estudiar la excepción de compensación que propuso a razón de los rendimientos, los cuales compensan los gastos de administración, los aportes al fondo de garantía de pensión mínima y la indexación ordenada en la sentencia de instancia, por tal motivo solicita se revoque la sentencia de primer grado.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso 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 de PORVENIR S.A. el 6 de diciembre de 2000, vinculación que se hizo efectiva según comunicación remitida por el citado fondo al actor el 21 de enero de 2022 en la consulta al SIAFP, esa afiliación se efectivizó el 1º de febrero de 2001. (f. 65 a 67 archivo 01)

Frente al citado formulario conviene mencionar 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 JAIRO ENRIQUE NIÑO GOMEZ en el interrogatorio de parte a él practicado, expuso que estando servicio de PROTABACO arribaron a las instalaciones de esa empresa asesores de PORVENIR S.A., quienes le dijeron que el ISS desaparecería y por tanto, sus cotizaciones estaban en riesgos, además le dijeron que en ese fondo su mesada pensional sería mejor y que le consignarían sus aportes en una cuenta de ahorro individual; que desea retornar a COLPENSIONES porque le realizaron una simulación pensional y se dio cuenta que su mesada en el fondo público sería mejor, que realizó aportes voluntarios en el fondo por cuanto le dieron un bono en una empresa en donde laboró, la cual fue la que le consignó ese bono.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de PORVENIR S.A. al momento del traslado del demandante, según lo 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 perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 2000, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la PORVENIR S.A. antes



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

COLPATRIA, 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 aparea que COLFONDOS S.A. Deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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 el *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 condenar a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES además de los conceptos indicados en la sentencia de primer grado, lo concerniente a primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de

pensión mínima, rubros que deben ser indexados al momento de su pago. En lo demás, habrá de confirmarse 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;

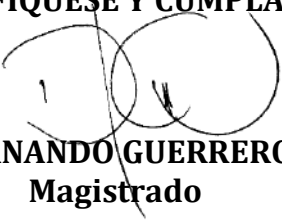
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 23 de febrero de 2024 por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido condenar a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES, además de los conceptos indicados en la sentencia de primer grado, lo concerniente a primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, rubros que deben ser indexados al momento de su pago, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado, por los motivos referidos con antelación.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrentes PORVENIR S.A. 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

En uso de permiso
LUIS CARLOS GONZÁLEZ V.
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral : 1100131050 28 2016 00575 02
Demandante: DANIEL BOHÓRQUEZ GARNICA
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES al abogado JUAN CARLOS RODRÍGUEZ AGUDELO, identificado con cédula de ciudadanía 1.075.652.036 y T.P. 209.812 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos interpuestos por las partes, en contra de la sentencia proferida el 1º de junio de 2024 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:



El señor DANIEL BOHÓRQUEZ GARNICA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, a fin de declararse que le asiste derecho a la pensión de jubilación que fuese negada por el extinto ISS, prestación efectiva a partir del 18 de junio de 1992, fecha en que adquirió el estatus prestacional.

Por consiguiente, se condene a COLPENSIONES a pagar la pensión de jubilación y/o vejez, junto con el pago de intereses moratorios, indexación, lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita* y las costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que estuvo afiliado al sistema general de seguridad social en pensiones por intermedio del ISS, hoy COLPENSIONES, laborando al servicio de empresas públicas y privadas para un total de 1495.48 semanas.

Adujo que, desde el 30 de junio de 1958, la empresa BAVARIA S.A. lo vinculó al sistema de seguridad social por intermedio del extinto ISS, afiliación que quedó radicada con el número patronal 10795, por lo que dicha empleadora subrogó, relevó o asumió la responsabilidad de su seguridad social con todos sus beneficios, prerrogativas y sus tiempos de servicios, incluso en forma retroactiva y desde luego respecto de su pensión.

Que en los propios archivos del ISS aparece el documento denominado “*relación de novedades registradas*”, la relación y periodos cotizados por la empresa BAVARIA S.A. que arrojan la suma de 278.21 semanas cotizadas; sin embargo, su tiempo realmente laborado con la empleadora es de 716.14 semanas, resultando extraño que la totalidad de tiempos no se vean reflejados, misma situación que sucede con los tiempos cotizados con el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, en la medida que el ISS mediante Resolución No. 000692 de 2000 acreditó y aceptó que se laboró para dicho ente por espacio de 3 años, 5 meses y 25 días, pero a pesar de ello los mismos tampoco se reflejan en su



historia laboral, al igual que los verdaderos tiempos efectuados por él como independiente por el periodo comprendido entre el 12 de julio de 1989 y el 31 de octubre de 2000.

Que para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 62 años por cuanto nació el 18 de junio de 1932, de allí que goce de pleno derecho para que le sea aplicado el régimen de transición, sin que incluso dicho régimen transicional deba hacérsele extensivo bajo la égida del Acto Legislativo 01 de 2005, ya que el derecho prestacional se causó con anterioridad a la entrada en vigencia de este último.

Que no obstante lo anterior, el extinto ISS mediante Resolución No. 000886 del 29 de enero de 1999 reconoció a su favor una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, argumentando para lo pertinente que al 30 de noviembre de 1998 tan solo había cotizado 772 semanas, acto administrativo que luego de ser recurrido, fue confirmado por medio de las Resoluciones No. 019985 y 00069, ambas del año 2000.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda indicando que el tiempo reflejado en la historia laboral del demandante es el correcto, máxime si se tiene en cuenta que el tiempo reprochado por el actor al servicio del MINISTERIO DE DEFENSA, son cotizaciones efectuadas a otras cajas y, por tanto, no hacen parte del reporte de semanas cotizadas.

Que en lo que respecta al tiempo cotizado a la empleadora BAVARIA S.A., el mismo se encuentra reflejado en su historia laboral; no obstante, aclaró que la cobertura del ISS para asumir los riesgos de invalidez, vejez y muerte inició a partir del 1º de enero de 1967, sin que tiempos anteriores existan en los archivos de la extinta entidad.



En últimas, indicó que en lo que atañe a las cotizaciones efectuadas como independiente por el demandante, son fiel reflejo de los aportes realizados al ISS.

Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación y la de pago.

En este punto, cabe resaltar que el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia dentro del presente asunto el 28 de junio de 2018 y, este Tribunal en sede de segunda instancia adoptó decisión el 11 de diciembre de la misma anualidad mediante la cual decretó la nulidad de lo fallado por el Juzgado *a-quo* por incurrirse en la causal 8º del artículo 133 del C.G.P., ello bajo el entendido que no se dispuso la vinculación a la litis de BAVARIA S.A. a razón de los tiempos cotizados al sistema general de seguridad social echados de menos por el demandante respecto de este empleador (Fls. 121 a 122 y 136 a 137 – PDF 01 DEMANDA, 06 AUDIO TRIBUNAL y 07 AUDIO TRIBUNAL).

Por tal razón, el Juzgado profirió auto calendado el 24 de abril de 2019 en el que obedeció y cumplió lo resuelto por su superior funcional, integrando así el contradictorio con BAVARIA S.A. (Fl. 139 – PDF 01 DEMANDA).

BAVARIA S.A. contestó la demanda aceptando que el demandante prestó servicios ante sus dependencias por el periodo comprendido entre el 30 de junio de 1958 y el 1º de marzo de 1972; asimismo, advierte que para la fecha en que estuvo vinculado como trabajador ante sus dependencias no le asistía la obligación legal de realizar los aportes para pensión al ISS, ya que no obedeció a una omisión de su parte, sino a una imposibilidad legal toda vez que en dicho interregno no se había llevado a cabo el llamamiento para afiliar al trabajador a los riesgos de invalidez, vejez y muerte.

Que a pesar de lo anterior, una vez nació la obligación llevó a cabo el pago de los aportes de su cargo.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia de la causa y de la obligación, inexistencia de la obligación legal de afiliar de afiliar al demandante al ISS por imposibilidad de realizar aportes para pensión, responsabilidad compartida entre el fondo de pensiones, empresa y trabajador en atención al principio de equidad, pago, ausencia de mala fe, buena fe y la innominada.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 1º de junio de 2023, resolvió:

***“PRIMERO: DECLARAR** que el señor **DANIEL BOHORQUEZ GARNICA** es beneficiario del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y, por lo tanto, le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez conforme lo previsto en el Acuerdo 049 de 1990, conforme lo considerado en esta providencia.*

***SEGUNDO: CONDENAR** a la empresa **BAVARIA Y CIA S.C.A.**, a pagar con destino a **COLPENSIONES** el valor del cálculo actuarial por aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones a favor del señor **DANIEL BOHORQUEZ GARNICA** para el periodo comprendido entre el **30 DE JUNIO DE 1958 hasta el 31 DE DICIEMBRE DE 1966**, a plena satisfacción de la Administradora Colombiana de Pensiones – **COLPENSIONES**, teniendo en cuenta para tales efectos la suma de **\$269,35** mensuales a partir del año 1958, suma que debe actualizarse y reajustarse para los años siguientes hasta el 31 de diciembre de 1966, conforme lo considerado en esta providencia.*

***TERCERO: ORDENAR** a **BAVARIA Y CIA S.C.A.**, para que adelante todos los trámites para la obtención y pago del cálculo actuarial que deberá realizar **COLPENSIONES**, lo cual conlleva a su vez, la obligación de iniciar las gestiones correspondientes para dar cabal cumplimiento a lo ordenado en esta sentencia.*

***CUARTO: CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, para que, una vez cuente con el pago del cálculo actuarial a cargo de **BAVARIA Y CIA S.C.A.**, reconozca y pague al actor **DANIEL BOHORQUEZ GARNICA**, quien se identifica con C.C. 151.877, la pensión de vejez conforme el Acuerdo 049 de 1990, junto con el pago del retroactivo pensional **debidamente indexado** a partir del **30 de agosto de 2013**, teniendo en cuenta para tales efectos una tasa de reemplazo del **90%**, sobre el IBL que resulte de toda la vida laboral o de*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

*los últimos diez (10) años cotizados, según sea más favorable al demandante, **en 14 mesadas al año**, en concordancia con lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.*

QUINTO: AUTORIZAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** para que, del valor retroactivo pensional, realice los correspondientes descuentos a que haya lugar, con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud, por medio de la Entidad Prestadora de Salud a la que se encuentre afiliado el demandante.

SEXTO: DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA la excepción de **PAGO y PRESCRIPCIÓN** formulada por las demandadas, y **NO PROBADAS** las demás.

SÉPTIMO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones de la demanda.

OCTAVO: SIN COSTAS DE ESTA INSTANCIA.

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

Para arribar a dicha conclusión, indicó la *a-quo* que, obra prueba dentro del proceso que al aquí demandante el extinto ISS en el año 1999 le reconoció una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en cuantía de \$6.266.685, al considerar que tan solo contaba con 772 semanas cotizadas. Adujo también que, aunque en el reporte de semanas expedido por COLPENSIONES favor del actor se registran a 564.86 semanas, para el año 1999 el argumento para negar la pensión de vejez por el ISS y conceder la indemnización sustitutiva estuvo relacionado precisamente con el hecho de que para dicha data el actor tan solo registraba 772 semanas.

Por ello, adujo que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, 1º de abril de 1994, el actor contaba con más de 60 años de edad, condición que en principio le permite ser beneficiario del régimen de transición, sin importar la densidad de semanas anteriores a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005.

Seguidamente, la operadora de instancia coligió que el actor logró acreditar en juicio una densidad de semanas suficientes para acceder al derecho pensional



pretendido, toda vez que, del reporte de semanas emitido por COLPENSIONES, se tiene que cotizó por el periodo comprendido entre el 26 de diciembre de 1972 y el 31 de octubre de 2000 un total de 564.86 semanas de aportes provenientes en su mayoría como independiente. Al respecto, de las anteriores semanas con las reunidas al servicio de la POLICÍA NACIONAL como se advirtió de la prueba atinente a la respectiva certificación, allí acredita 179.28 comprendidas desde el 7 de febrero de 1955 hasta el 2 de agosto de 1958, arrojan como resultado 744.14 semanas.

Que en lo que respecta al empleador BAVARIA S.A., coligió que el señor DANIEL BOHÓQUEZ GARNICA prestó sus servicios a favor de esta por el periodo comprendido entre el 30 de junio de 1958 y el 1º de mayo de 1972, aduciendo a su vez que si bien la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado el criterio sobre la obligación patronal de afiliar a los trabajadores privados es anterior a la Ley 100 de 1993, es decir, desde el 1º de enero de 1967, lo cierto es que la misma Corporación ha considerado que en casos como el *sub examine*, cuando existen periodos laborados anteriores a la asunción del riesgo de vejez por parte del extinto ISS, ese tiempo se debe tener en cuenta como efectivamente cotizado para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez, de allí que devenga como consecuencia que los empleadores respondan por el título pensional, que para el caso de BAVARIA S.A. ascienden a 703 semanas.

Así, expuso que teniendo en cuenta las 714.44 semanas cotizados por el actor reflejadas en la historia laboral emitida por COLPENSIONES y los servicios prestados a la POLICÍA NACIONAL, en concordancia con las 703 semanas al servicio de BAVARIA S.A., el actor acreditó un total de semanas de 1.447.14 semanas, densidad de cotizaciones suficientes para acceder a la pensión de vejez regulada en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, ya que cumplió 60 años de edad el 18 de junio de 1992 y contar con 1.447.14 semanas al mes de octubre del año 2000.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Al unísono, que teniendo en cuenta la vinculación a la litis de la empresa BAVARIA S.A., procede condena frente a este sujeto del valor del cálculo actuarial por aportes al sistema de seguridad social en pensiones y a favor del demandante para el periodo comprendido entre el 30 de junio de 1958 y el 31 de diciembre de 1966 a plena satisfacción de COLPENSIONES, ya que si bien el vínculo laboral con BAVARIA S.A. se acredita hasta el 1º de mayo de 1972, no puede desconocerse la historia tradicional del ISS, la cual es consistente en acreditar que el ISS recibió las cotizaciones a partir del 1º de enero de 1967, data a partir de la cual la entidad asumió el riesgo pensional de vejez, al igual que dispuso que el salario a tener en cuenta para dicho cálculo actuarial corresponde a la suma de \$269.35 mensuales para el año de 1958, valor que debe actualizarse y reajustarse para los años siguientes hasta el 31 de diciembre de 1966, pues este es el salario demostrado en el plenario.

Adicionalmente, advirtió que el responsable de todos los trámites para la obtención y pago del cálculo actuarial es BAVARIA S.A., lo que conlleva a su vez que esta deba realizar las gestiones tendientes ante COLPENSIONES para dar cumplimiento dentro de la presente decisión, así como que COLPENSIONES cuando reciba por parte de BAVARIA el valor de dicho cálculo actuarial proceda a reconocer la prestación al demandante, junto con el pago de retroactivo pensional debidamente indexado a partir del 30 de agosto de 2013, pues si bien el último periodo cotizado corresponde al mes de octubre del año 2000, tan solo con esta demanda fue que se interrumpió la prescripción.

Expuso que lo anterior permite la absolución a COLPENSIONES del pago de los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Por último, adujo que en lo que concierne al ingreso base de liquidación, deberá tenerse en cuenta lo establecido en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, al contar el demandante con más de 1.250 semanas cotizadas, es decir, que la liquidación de la pensión debe llevarse a cabo con lo cotizado en toda su vida laboral o en los últimos 10 años, según le sea más favorable, con una aplicabilidad del 90% de tasa de reemplazo según lo previsto en el artículo



20 del Decreto 758 de 1990 y sobre 14 mesadas pensionales al año por haberse causado el derecho con anterioridad a la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, autorizando a COLPENSIONES para que del retroactivo realice los descuentos en salud.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló en lo que gravita en torno a la absolución por el pago de los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, bajo el entendido que existió negligencia por parte de COLPENSIONES en lo que concierne al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, más aún si la Corte Constitucional ha adoctrinado que este rubro se aplica para todas las pensiones sin distinción alguna.

BAVARIA S.A. por su parte indicó que contrario a lo decidido por la operadora de instancia, al demandante le fueron reconocidas todas y cada una de las acreencias laborales y prestacionales a las que tenía derecho de conformidad con lo establecido en la Ley, sin que tuviese la obligación en su momento de realizar el pago de los aportes pensionales al ISS.

Que si bien está plenamente acreditado que con el demandante existió una relación laboral por el periodo comprendido entre el 30 de junio de 1958 y el 1º de mayo de 1972, desde el inicio del contrato le fue imposible el pago de los aportes pensionales a favor del trabajador ya que no se había llevado a cabo el llamamiento obligatorio por parte del extinto ISS, en la medida que los riesgos de invalidez, vejez y muerte eran asumidos directamente por el empleador en virtud del artículo 60 del C.S.T., sin que el señor DANIEL BPHÓRQUEZ GARNICA acredite los requisitos allí previstos.

Seguidamente, mencionó que al momento del retiro el demandante no dejó causado el derecho a la pensión contenida en el mentado artículo 60 del C.S.T., ya que no había cumplido los 55 años de edad, como tampoco llevaba 20 años de labores.

Que según postura de la Corte Constitucional, no procede pago de cálculo actuarial ya que el ISS no había otorgado la cobertura para el pago de los echados de menos por el demandante.

COLPENSIONES expuso que al demandante se le reconoció una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, la cual resulta incompatible con el pago a la pensión de vejez, actuando así en todo momento de buena fe.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, en virtud de los recursos interpuestos por las partes, así como el grado jurisdiccional de consulta en que se estudia el proceso a favor de COLPENSIONES, por metodología en la resolución del asunto *sub examine*, la Sala abordará como problema jurídico principal si al aquí demandante le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez reglada en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, teniendo en cuenta la totalidad de los aportes dispuestos en primer grado respecto, incluyendo los de la empleadora BAVARIA S.A.

En igual sentido, de prosperar el derecho prestacional del demandante, se determinará si hay lugar al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 refutado por el señor DANIEL BOHÓRQUEZ GARNICA en el recurso de alzada.

En últimas, habrá de auscultarse la procedencia o no del cálculo actuarial imputado a la empleadora BAVARIA S.A.

c. Del análisis del caso en concreto:

Previo al análisis del asunto *sub examine*, es menester contextualizar los siguientes aspectos:

(i) Que el demandante señor DANIEL BOHÓRQUEZ GARNICA elevó el 23 de noviembre de 1998 solicitud de pensión de vejez ante el extinto ISS, lo que conllevó a que dicho ente proferiera la Resolución 000886 de 1999, por medio de la cual le reconoció una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en cuantía de \$6.266.285 (Fls. 25 a 25 – PDF 01 DEMANDA).

(ii) Que con ocasión del anterior acto administrativo, el demandante interpuso recurso de reposición y subsidiariamente de apelación ante la negativa de la pensión de vejez, por lo que el ISS a través de las Resoluciones 0199856 y 000692 del año 2000, confirmó la negativa del derecho prestacional aquí deprecado (Fls. 26 a 27 y 28 a 31 – PDF 01 DEMANDA).

d. Del derecho pensional:

Como ya se enunció, el demandante pretende el derecho pensional teniendo en cuenta la sumatoria tanto de tiempos públicos como privados, en la medida que alude cotizaciones de empleadores incluida la POLICÍA NACIONAL, por lo que arguye ser beneficiario del régimen de transición y así poder acceder a prerrogativas anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.



Al respecto, 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 debían acreditar 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.

En tal sentido, en virtud de los requisitos del régimen transicional, especialmente la edad, palmario resulta el que señor DANIEL BOHÓRQUEZ GARNICA accedió a tal precepto, pues según se desprende de la copia de su cédula de ciudadanía, el mismo nació el 18 de junio de 1932, de allí que para el 1º de abril de 1994 contaba con 61 años de edad (Fl. 53 – PDF 01 DEMANDA).

Ahora, en lo que concierne al requisito de semanas, aspecto que es el que se analiza en esta instancia, resulta de importancia indicar que, según lo demostrado en juicio, el demandante demostró los siguientes periodos de cotización:

_ Por el periodo comprendido entre el 7 de febrero de 1955 y el 2 de agosto de 1958 al servicio de la POLICÍA NACIONAL desempeñando el cargo de Obrero a Jornal y nombrado a través de la Resolución 2288 de 1958 como da cuenta la correspondiente certificación laboral (Fl. 36 – PDF 01 DEMANDA).



_ Por el periodo comprendido entre el 30 de junio de 1958 y el 1º de mayo de 1972 al servicio de la empleadora BAVARIA S.A. a través de un contrato de trabajo a término indefinido según se advierte de la copia de la modalidad contractual y las certificaciones expedidas por la misma BAVARIA S.A. el 11 de abril de 2016 y 10 de febrero de 2022 (Fls. 39 y 42 a 43 – PDF 01 DEMANDA y fl. 71 y 64 a 65 – PDF 08 CONTESTACIÓN BAVARIA S.A.).

_ Por el periodo comprendido entre el 26 de septiembre de 1972 y el 31 de octubre de 2000 al servicio de diferentes empleadores de índole privada y del propio actor como independiente de conformidad con lo advertido de la historia laboral expedida por COLPENSIONES y actualizada al 11 de mayo de 2016 (Fls. 32 a 35 – PDF 01 DEMANDA).

Como se advierte de los tiempos laborados por el actor al servicio de la POLICÍA NACIONAL y BAVARIA S.A., existen tiempos simultáneos por el periodo comprendido entre el 30 de junio y el 2 de agosto de 1958, de allí que los mismos deban tenerse en cuenta únicamente en lo que respecta a la sumatoria de IBC, pero sin que sobre dicho interregno deba sumarse doble cotización.

En este punto, es menester que este cuerpo Colegiado puntualice que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia relevante SL138-2024, Radicación No. 89797 del 31 de enero de 2024 y por demás de cambio de criterio, determinó que en tratándose del cómputo de tiempo de servicios o semanas de cotización, la cotización se calcula en relación con el salario mensual o el ingreso percibido en el mismo periodo, sin perjuicio de que el periodo mensual de trabajo que cubre aquella se contabilice en 28, 30 o 31 días, según sea el caso, para ser transformados en semanas cotizadas mediante la división entre 7, por lo que en aras de establecer el número de semanas cotizadas en el año debe tomarse el calendario, es decir, 365 o 366 días, conforme corresponda, así lo sostuvo la alta Corporación:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Ahora bien, la Ley 100 de 1993, al establecer un sistema de pensiones unificador para los sectores público y privado, equiparó el ingreso base de cotización a los salarios reales del trabajador –La base para calcular las cotizaciones a que hace referencia el artículo anterior, será el salario mensual (Art. 18, Ley 100/1993--, superando de esta manera al anterior sistema de categorías ya explicado donde se asignaba un salario base dependiendo el rango en que se encontrara la remuneración del trabajador, pues expresamente se dijo: «A partir de la vigencia de la presente Ley se eliminan las tablas de categorías y aportes del Instituto de Seguros Sociales».

Lo anterior exige diferenciar la semana cotizada de la cotización, como elementos financieros para el cubrimiento de las prestaciones, de acuerdo con la triada trabajo-cotización-prestación, ya que las distintas instituciones y requisitos para el acceso a las prestaciones se articulan bajo una lógica aseguradora, de donde se produce el nivel de protección que el beneficiario recibe en el momento de actualizarse su situación de necesidad, conforme a la cotización, en mayor o menor grado, con su correspondencia en el ámbito prestacional, dado que, «En todo caso, el monto de la cotización mantendrá siempre una relación directa y proporcional al monto de la pensión» (Art. 18, Ley 100 de 1993).

Desde esa vista de la protección social, no resulta desconocida la influencia sobre el sistema de seguridad social de las técnicas del seguro privado, que permite deducir a la cotización una naturaleza análoga en términos del aseguramiento a la llamada comercialmente prima, valor que tiene por objeto la cobertura de los riesgos asegurados, a partir de un equilibrio teórico entre el pago de la cotización y el pago de la prestación dispensada por la entidad previsional, respetándose el principio de suficiencia, que impone entender que la entidad debe contar financieramente con los fondos necesarios que le permitan pagar las pensiones en un monto que guardará correspondencia con lo efectivamente cotizado.

No puede dejarse de lado que en ocasiones teóricamente se ha entendido la cotización como una forma de salario diferido y percibido por el trabajador en forma de prestación social, como ocurría con las pensiones de jubilación, donde la correspondencia no aplicaba entre el monto de la cotización y el monto de la pensión, sino entre el salario y esta última: “un salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro forzoso durante toda una vida de trabajo -20 años-, [es decir, que] el pago de una pensión no es una dádiva súbita de la Nación, sino el simple reintegro que del ahorro constante durante largos años, es debido al trabajador” (CC C546-1992).

Adicionalmente, debe comprenderse la cotización como una contribución parafiscal que tiene por objeto contribuir a las cargas de la seguridad social --en este caso del sistema general de pensiones--, que no son impuestos ni contraprestación salarial (CC C577-1995).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Así las cosas, teniendo en cuenta las instituciones y recursos dispuestos por la Ley 100 de 1993 para garantizar las prestaciones de carácter económico, resulta lógico concluir que la naturaleza jurídica de la cotización de la seguridad social concierne a una contribución parafiscal que grava al salario o ingreso del afiliado, pero con algunas características del seguro, en la medida en que el monto de la cotización guarda correspondencia con el monto de la prestación.

En ese sentido, se conserva el régimen jurídico de la cotización del anterior régimen administrado por el ISS, pero se modifica el sistema para su cálculo, pasando de asignar un salario base por categoría para, en adelante, cotizar sobre el salario efectivamente percibido durante el período en el que el trabajador presta sus servicios o sobre los ingresos recibidos en ese mismo lapso.

Ahora bien, que la base de cotización sea coincidente con el salario de la persona protegida para efectos de la cuantificación del aporte, no traduce que el período cubierto por el salario sea de 30 días, ni que el período cotizado sea por ese mismo número de días, pues es la ejecución del trabajo en los términos particulares de la relación o situación jurídica que lo origina, la que genera el derecho a la correspondiente remuneración y, por ende, a la cotización, dado que el legislador anudó la obligación de cotizar a la realidad de la prestación del servicio: «Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones [...]» (Art. 17 de la Ley 100 de 1993).

En esa línea, el literal b) del artículo 9 del Decreto 1406 de 1999, para efectos de la declaración de autoliquidación de aportes, definió el período cotizado, así:

«Período cotizado, el cual corresponde al mes calendario de la nómina sobre la cual se calculan y pagan las respectivas cotizaciones, o durante el cual se perciben los ingresos sobre los cuales las mismas se efectúan. Cuando el aportante pague cotizaciones por el periodo atrasados, deberá diligenciar un formulario de autoliquidación por cada uno de ellos»

De esa forma, la cotización se calcula en relación con el salario mensual o el ingreso percibido en el mismo período, sin perjuicio de que el período mensual de trabajo que cubre la cotización se contabilice en 28, 30 o 31 días, según corresponda, para ser transformados en semanas cotizadas mediante la división por siete, es decir, para efectos de establecer el número de semanas cotizadas el año debe tomarse según el calendario, esto es, 365 o 366 días, según corresponda.

No empece, para la Sala no es desconocido que otra circunstancia opera para efectos de la facturación y recaudo de los aportes que constituyen la cotización, donde los períodos que se toman son de 30 días, porque el número de días cotizados a reportar de cada afiliado, por ejemplo, en la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

planilla integrada de liquidación de aportes –PILA–, corresponde a 30 días, indistintamente de si el mes tiene 28, 30 o 31 días, ya que el campo de la PILA sólo permite valores entre 0 y 30, como se encuentra contemplado en las resoluciones 2388 de 2016 y 728 de 2023 del Ministerio de Salud y Protección Social.

Así las cosas, para esta Sala, una nueva lectura del parágrafo 2° del artículo 33° de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, permite comprender el alcance de la norma, que no es otro que el de que para efectos de determinar el número de semanas cotizadas, los días de la semana, del mes o del año se deben tomar del calendario, al tiempo que para la facturación y pago de los aportes el mes de toma por períodos de 30 días, tal cual se desprende del propio texto de la normativa:

Parágrafo 2°. - Para efectos de las disposiciones contenidas en la presente Ley, se entiende por semana cotizada el periodo de siete (7) días calendario. La facturación y el cobro de los aportes se harán sobre el número de días cotizados en cada periodo.

Lo dicho igualmente encuentra sustento en el hecho de que la base de cotización no sólo se estima en función del salario mensual, que se paga por períodos de 30 días, sino también, en función de los ingresos de los afiliados cuando no están vinculados por contratos de trabajo o como servidores públicos, pues «cotizarán sobre los ingresos que declaren ante la entidad a la cual se afilien, guardando correspondencia con los ingresos efectivamente percibidos», sin perjuicio de que, quienes son beneficiarios de los subsidios del fondo de solidaridad pensional y de los afiliados cuyos aportes son realizados por terceros, cotizan sin consideración a salario alguno (Art. 15, parágrafo 1°, literal e), Ley 100 de 1993). Por tanto, para esta clase de afiliados, la tesis salarial para contabilizar los meses de 30 días y los años de 360 se desvanece al no tener sustento alguno la tesis de que la cotización reposa en la métrica de conceptos de orden laboral que utilizan para su liquidación dichos períodos.

En suma, para la facturación y pago de aportes los días cotizados son 30 en cada período, pero como la cotización cubre todos los días del período de trabajo cubierto por el salario o ingreso asegurado, durante el cual, además, el afiliado ha estado expuesto a los riesgos materia de la cobertura, se impone entender que todos los períodos --semana, mes o año-- se contabilicen en días calendario para poder establecer el número de semanas cotizadas para de esa forma, hacer el cálculo pertinente al reconocimiento de las prestaciones del sistema general de pensiones, criterio jurisprudencial que será tenido en cuenta en adelante, recogiendo así cualquiera otro anterior que lo contraríe.” “Subrayado por la Sala”.

Bajo esta égida, aprecia la Sala que el demandante logró demostrar un total de cotizaciones a diferentes empleadores públicos y privados de 1463.84 de la siguiente manera:

TOTAL SEMANAS COTIZADAS				
DESDE	HASTA	No. DÍAS	No. DE SEMANAS	EMPLEADOR
7/02/1955	2/08/1958	1279	182,82	POLICÍA NACIONAL
3/08/1958	1/05/1972	5017	716,99	BAVARIA S.A.
26/12/1972	21/02/1973	58	8,29	HISTORIA LABORAL
12/07/1989	31/12/1994	1907	272,58	HISTORIA LABORAL
1/01/1995	31/03/1995	90	12,86	HISTORIA LABORAL Y SISTEMA DE AUTOLIQUIDACIÓN
1/05/1995	31/12/1995	245	34,88	HISTORIA LABORAL Y SISTEMA DE AUTOLIQUIDACIÓN
1/01/1996	31/10/1996	305	43,6	HISTORIA LABORAL
1/11/1996	31/01/1997	92	13,15	HISTORIA LABORAL
1/02/1997	28/02/1997	28	4	HISTORIA LABORAL
1/03/1997	31/01/1998	337	48,17	HISTORIA LABORAL
1/02/1998	31/01/1999	365	52,17	HISTORIA LABORAL
1/05/1999	31/05/1999	31	4,43	HISTORIA LABORAL
1/06/1999	30/06/1999	30	4,29	HISTORIA LABORAL
1/07/1999	31/08/1999	62	8,86	HISTORIA LABORAL
1/10/1999	31/12/1999	92	13,15	HISTORIA LABORAL
1/01/2000	30/06/2000	182	26,02	HISTORIA LABORAL
1/07/2000	31/10/2000	123	17,58	HISTORIA LABORAL
TOTAL		10243	1463,84	

Es así como el demandante también cumple con los 15 años de servicios a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 para ser beneficiario del régimen de transición, como quiera que para el 1º de abril de 1994 contaba con 1.141.51 semanas, aspectos por los que se entrará a analizar el derecho pensional del señor DANIEL BOHÓRQUEZ GARNICA a la luz del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad.

e. 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:

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 parágrafo de dicho articulado deba entenderse para esta sumatoria, postura que por demás se ha venido manteniendo como dan cuenta las decisiones SL2956-2023, Radicación No. 92210 del 28 de noviembre de 2023, SL310-2024, Radicación No. 94950 del 20 de febrero de 2024, entre otras, 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 parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que permite la sumatoria de tiempos públicos y privados, por cuanto es inusual que un parágrafo 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 parágrafo 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.”

Superado el hecho de ser factible la sumatoria de 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, como ya se indicó, el señor DANIEL BOHÓRQUEZ GARNICA cotizó un total de 1463.84 semanas.

Es así como el requisito pensional deprecado se encuentra regulado en el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, el cual dispone:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“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.”

El demandante ostenta el requisito pensional de la norma en mención, ya que en tratándose de la edad de 60 años por ser hombre, esta fue adquirida el 18 de junio de 1992, pues como se advierte de la copia de su cédula de ciudadanía, nació el mismo día y mes de 1932 (Fl. 53 – PDF 01 DEMANDA).

Frente al segundo requisito atinente a las semanas de cotización, el actor cotizó un total de 1463.84 durante toda su vida laboral, siendo su última cotización como independiente en el mes de octubre de 2000, 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 a partir del 1º de noviembre de 2000, ya que a pesar de que no acredita retiro del sistema, al tenor del artículo 13 de la misma disposición normativa se interpreta la intención de no continuar cotizando al sistema – *retiro tácito* – (sentencia SL929-2019, Radicación No. 63203 del 20 de marzo de 2019), por lo que se confirmará la condena impuesta en primer grado en lo que atañe al reconocimiento pensional.

Ahora, en lo concerniente a la forma de aplicar la tasa porcentual de la pensión de vejez, el artículo 20 de la norma en mención regula:

“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.”

Así, al acreditar el demandante un total de 1463.84 semanas, palmario resulta que el derecho pensional deberá reconocerse teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 90%, ya que dicha tasa porcentual se aplica cuando el afiliado acredite 1250 semanas o tiempo superior.

De otro lado, frente a los parámetros a tener en cuenta para liquidar la prestación, de conformidad con lo contemplado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, la misma deberá efectuarse con el ingreso base de liquidación promediado en los últimos 10 años o el de toda la vida laboral según le sea más benéfico, ya que el actor acreditó cotizaciones superiores a las 1.250 semanas y teniendo en cuenta 14 mesadas pensionales al año ya que el actor causó el derecho pensional con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.

En este punto, importante resulta poner de presente que teniendo en cuenta el tiempo laborado por el demandante al servicio de la POLICÍA NACIONAL por el periodo comprendido entre el 7 de febrero de 1955 y el 2 de agosto de 1958, no yace prueba dentro del plenario acerca del salario realmente devengado, tópico que debía ser acreditado por el actor, de allí que, para efectos de liquidarse la prestación sobre este interregno, el mismo deberá efectuarse teniendo cuenta el S.M.L.M.V. de la época.

Al unísono, también se aprecia que el demandante ostentó contratos de trabajo simultáneos con la POLICÍA NACIONAL y BAVARIA S.A. por el periodo comprendido entre el 30 de junio y el 2 de agosto de 1958, aspecto por el que sobre este intervalo deberán sumarse los IBC a razón de cotizaciones de ambos empleadores.

Asimismo, no puede perderse de vista que teniendo en cuenta lo expuesto en precedencia, al demandante el extinto ISS mediante la Resolución 000886 de 1999 le reconoció una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en cuantía de \$6.266.285, monto sobre el cual se le autorizará a COLPENSIONES para que descuente las sumas correspondientes.

f. De la excepción de prescripción:

Como lo advirtió la falladora de instancia, la única reclamación administrativa que demostró en juicio el demandante fue la presentada el 23 de noviembre de 1998 con ocasión de la negativa del reconocimiento de la pensión que efectuó el extinto ISS a través de las Resoluciones 000886 de 1999 de 1999, así como las 0199856 y 000692 del año 2000.

Por ello, en atención del término trienal de prescripción consagrado en los artículos 488 y 489 del C.P.T. y de la S.S. y el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., se tomará en cuenta el término de prescripción trienal con anterioridad a la presentación de la demanda que fue el 30 de agosto de 2016 como se observa el acta individual de reparto; circunstancia por la cual, el pago de las mesadas pensionales deberá efectuarse desde el 30 de agosto de 2013 y en adelante, de manera indexada al momento del pago.

En virtud de lo anterior, como lo determinó la *a-quo*, el retroactivo pensional deberá cancelarse a partir del 30 de agosto a razón de 14 mesadas pensionales al año, monto respecto del cual se autorizará a COLPENSIONES para que efectúe los descuentos en salud.

g. Del reconocimiento y pago de los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993:

Vale la pena advertir en primer lugar que en tratándose de pago de intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la Corte en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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).”

Posición que se ha venido manteniendo en el tiempo, como lo regulan diferentes decisiones, entre ellas, la SL1461-2022, Radicación No. 82259 del 4 de mayo de 2022, SL1427-2022, Radicación No. 91371 del 4 de mayo de 2022, SL1416-2022, SL1416-2022, Radicación No. 83606 del 4 de mayo de 2022, entre otras.



Además, como lo asentó el fallador de instancia, los intereses moratorios gozan de prosperidad inclusive para aquellas pensiones causadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, posición que también viene manteniendo el órgano de cierre en la actualidad.

Bajo este entendimiento, como se decidió o en primer grado, a juicio de la Sala dentro del asunto *sub examine* no goza de prosperidad el pago de dichos réditos, ya que resulta en su momento el extinto ISS en el año 1999 negó la prestación con apego a la Ley, como es el hecho de que el demandante durante el periodo comprendido entre el 26 de diciembre 1972 y el 31 de octubre de 2000, no acreditó la densidad de semanas suficientes para el reconocimiento pensional, tan es así que en esta oportunidad se determina una sumatoria de tiempos públicos y privados según postura de la alta Corporación, escenario por el que no se cumplen los presupuestos suficientes para condenar a COLPENSIONES, por lo que la absolución de este puntualísimo aspecto habrá de confirmarse.

h. De la procedencia del pago de cálculo actuarial por parte de BAVARIA S.A.

Como se adujo en primera instancia y que fue aceptado por la misma demandada BAVARIA S.A., entre esta y el demandante existió un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 30 de junio de 1958 y el 1º de mayo de 1972, tiempo respecto del cual se encuentra en discusión únicamente para efectos del cálculo actuarial el periodo comprendido entre el 30 de junio de 1958 y el 31 de diciembre de 1966, ello en atención a que fue a partir del 1º de enero de 1967 fue que el ISS obligó a los empleadores afiliar a sus trabajadores a los riesgos de invalidez, vejez y muerte, sin que con anterioridad existiera esa exigencia legal, adicional a que no puede desconocerse la historia tradicional del ISS, la cual es consistente en acreditar que el ISS recibió las cotizaciones a partir del 1º de enero de 1967, data a partir de la cual la entidad asumió el riesgo pensional de vejez.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia adoctrinó que en aquellos casos en que el trabajador había laborado para un empleador en un municipio o región del país en el cual el ISS no había iniciado aún la cobertura del riesgo de vejez, dicho empleador tenía la responsabilidad frente al ISS por concepto de los aportes para pensión, en virtud de la obligación de aprovisionamiento. En efecto, esa Corporación en sentencia SL3524-2018, Radicación No. 77.339 del 9 de agosto de 2018, señaló:

“El reproche que le enrostra la censura al Tribunal y, por tanto, constituye el problema jurídico que debe desatar la Sala, consiste en establecer si pese a que la empresa demandada no estuvo obligada a afiliar al accionante al ISS antes del 1.º de enero de 1967 a los riesgos de IVM, debe asumir el costo del título pensional por ese lapso, en tanto subrogó el riesgo en aquella administradora de pensiones y, en consecuencia, si a esta última le corresponde computarlo a efectos del reconocimiento pensional que se reclama.

[...]

“En esa dirección, se ha dicho que el pago del cálculo actuarial a cargo del empleador se justifica porque sería inequitativo e injusto que por la falta de esos aportes se genere un perjuicio al trabajador y se afecte su expectativa pensional, máxime que se trata de un lapso en que la obligación estuvo a cargo de aquel y, además, porque ello no resquebraja la estabilidad financiera del sistema, toda vez que se propende por la integración de los recursos por parte de los empleadores con los de las entidades de seguridad social por las cotizaciones sufragadas.

“En esa medida, no solo las omisiones de afiliación que dan lugar a la emisión del título pensional, son aquellas que aunque obligatorias, resultan imputables al empleador, por culpa o negligencia, pues la jurisprudencia de esta Corte ha evolucionado hasta encontrar una solución común a las hipótesis de omisión en la afiliación al sistema de pensiones, se itera, guiada por las disposiciones y principios del sistema de seguridad social, que no se aleja diametralmente de la que sostiene frente a situaciones de mora en el pago de aportes, pues, en este caso, se mantiene la misma línea de principio según la cual las entidades de seguridad social siguen a cargo del reconocimiento de las prestaciones.

“Por tanto, no se equivocó el Tribunal al concluir que aun cuando el empleador no tenía la obligación de afiliar a su trabajador al ISS, por cuanto tal deber se implementó gradualmente a partir del 1.º de enero de 1967 de acuerdo con el artículo 1.º de la Resolución No 831



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de 1966 emanada del entonces Director General del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, le correspondía asumir el valor del título pensional correspondiente al tiempo laborado por el actor, a efectos de que la administradora de pensiones lo tenga en cuenta al momento de definir el derecho pensional de aquel.

“[...] el tiempo de servicios no cotizados por falta de cobertura del ISS, no puede ser desconocido, al punto que el empleador conserva una responsabilidad financiera respecto del trabajador, que se traduce en el pago de un título pensional.

“[...] Estima la Sala que, si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de la contingencia, esta solo cesó cuando se subrogó en la entidad de seguridad social, de forma que se período en el que aquel tuvo tal responsabilidad, no puede ser desconocido; menos puede imponérsele al trabajador una carga que afecte su derecho a la pensión, sea porque se desconocieron esos períodos, ora porque el tránsito legislativo en vez de garantizarle el acceso a la prestación, como se lo propuso el nuevo esquema, se le frustrase ese mismo derecho. El patrono, por tanto, debe responder al Instituto de Seguros Sociales por el pago de los tiempos en los que la prestación estuvo a su cargo, pues sólo en ese evento puede considerarse liberado de la carga que le correspondía”. (Subrayado por la Sala).

Por consiguiente, como viene de verse, la jurisprudencia ha interpretado la obligación del empleador de asumir mediante el título pensional los montos que correspondan a períodos no cotizados por falta de cotización ante la falta de cobertura por parte del ISS, y una interpretación contraria implicaría desconocer el derecho a la seguridad social, en este caso de la parte débil de la relación laboral, quien no debe soportar una carga que trunque su derecho a la pensión, entendimiento que por demás se ha venido afianzando como se advierte de las sentencias SL529-2022, Radicación No. 75608 del 14 de febrero de 2022, SL313-2022, Radicación No. 88638 del 9 de febrero de 2022, SL244-2022, Radicación No. 87041 del 8 de febrero de 2022, por lo que es procedente el pago de los aportes del contrato de trabajo previo cálculo actuarial debidamente actualizado por el periodo comprendido entre el 30 de junio de 1958 y el 31 de diciembre de 1966 a favor del demandante.

En lo que respecta al salario a tener en cuenta para el cálculo, la Juez de instancia determinó el valor de \$269.35, monto que se mantendrá incólume



por cuanto el mismo no fue refutado por BAVARIA S.A., aspectos todos que conllevar a confirmar este puntualísimo aspecto.

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

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 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, en el entendido de determinar que el IBC que deberá tener en cuenta COLPENSIONES para efectos pensionales sobre los tiempos laborados por el demandante al servicio de la POLICÍA NACIONAL por el periodo comprendido entre el 7 de febrero de 1955 y el 2 de agosto de 1958, será sobre un S.M.L.M.V. para las correspondientes anualidades.

Igualmente, se adicionará el numeral tercero de la sentencia proferida en primera instancia, en el entendido de determinar que los tiempos cotizados en forma simultánea por el demandante por el periodo comprendido entre el 30 de junio y el 2 de agosto de 1958 al servicio de la POLICÍA NACIONAL y BAVARIA S.A., tales IBC deben ser sumados por COLPENSIONES al momento de determinar el ingreso base de liquidación de la pensión de vejez en los términos del Decreto 758 de 1990.

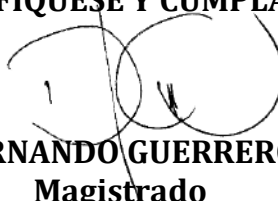
Asimismo, se adicionará el numeral tercero de la sentencia proferida en primera instancia, **AUTORIZANDO** a COLPENSIONES que descuente las sumas correspondientes a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que le fuese reconocida al demandante por el extinto ISS.



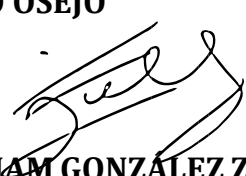
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

En uso de permiso
LUIS CARLOS GONZÁLEZ V.
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 28 2022 00240 01
Demandante: VICTOR ORLANDO GONZÁLEZ GUERRERO
Demandados: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de PORVENIR S.A. a la abogada MARÍA CAMILA GUÍO MARTÍNEZ, identificada con la cédula de ciudadanía 1.032.505.503 del C. S. de la Judicatura y T.P. 414.733 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. en contra de la sentencia proferida el 26 de febrero de 2024 por el Juzgado Veintiocho 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 VICTOR ORLANDO GONZÁLEZ GUERRERO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., con la finalidad que se declare la ineficacia del traslado de régimen que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. el 1º de septiembre de 1997.

Como consecuencia de tal declaración, pretende se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES debidamente actualizado el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, comisiones, aportes descontados para el fondo de garantía de pensión mínima y seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, se ordene a COLPENSIONES realice todas las gestiones para anular el traslado de régimen y lo reciba sin solución de continuidad, además se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*, más las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, expuso que nació el 12 de noviembre de 1959 y que efectuó cotizaciones al régimen de prima media con prestación definida a través del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, alcanzando un total de 216.7 semanas por intermedio de varios empleadores; asimismo, agregó que el 1º de septiembre de 1997 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de PORVENIR S.A., sin embargo, esa aparente decisión libre y voluntaria como afiliado, no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de esa administradora, por lo que no existe consentimiento de libertad, ni voluntariedad.

Igualmente, precisó que dicho traslado de régimen se caracterizó por la indebida y nula información que suministró el fondo privado para convencerlo que se trasladara de régimen pensional, además, expuso que ha cotizado 1195 semanas desde su vinculación al RAIS hasta el 31 de diciembre de 2021, alcanzando un total de 1411 semanas en los dos regímenes.

Seguidamente, refirió que posteriormente se trasladó de manera horizontal de PORVENIR S.A. a COLFONDOS S.A., fondo que no le informó antes del 12 de noviembre de 2011 sobre la imposibilidad de trasladarse cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión. Igualmente, narró que el 9 de mayo de 2022 solicitó a las enjuiciadas su traslado de Régimen hacia COLPENSIONES. (archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, arguyendo que el traslado de régimen pensional del demandante al RAIS y los traslados horizontales fueron completamente válidos, los cuales estuvieron precedidos por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna con toda la información pertinente y necesaria, razón por la cual es improcedente declarar un error de hecho, cuando en realidad lo que se alega es un error de derecho frente a condiciones que están determinadas en la normatividad de público conocimiento, conclusión a la que se arriba ya que no obran pruebas que permitan establecer que el traslado de régimen pensional se dio bajo algún vicio del consentimiento, que dé lugar a concluir que el traslado es nulo. Por lo que no es dable retrotraer la afiliación efectuada al RAIS.

Como excepciones formuló las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (f. 1 a 28 archivo 06).

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones del libelo genitor, indicando que no se evidencia que existiere por parte de los fondos privados convocados a juicios engaño alguno o motivo para que se declare el traslado como ineficaz o nulo, por el contrario, la afiliación del actor al RAIS se dio en virtud de su derecho de libre escogencia de régimen pensional. En otro giro, solicita que en caso de accederse a las pretensiones de la demanda se condene a trasladar a esa administradora el monto total de los aportes acreditados en la cuenta de ahorro individual del actor.

Propuso las excepciones de mérito de validez de la afiliación al RAIS, saneamiento de la presunta nulidad, solicitud de traslado de dineros de gastos de

administración, prescripción, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, imposibilidad de condena en costas y la declaratoria de otras excepciones (archivo 08).

COLFONDOS S.A. al contestar la demanda dijo oponerse a las pretensiones, toda vez que no existen presupuestos de hecho ni de derecho para despachar favorablemente las pretensiones, resaltando que el demandante se encuentra válidamente vinculado al RAIS.

En su defensa propuso las excepciones 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 del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago. (archivo 09)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 26 de febrero de 2024, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor VÍCTOR ORLANDO GONZÁLEZ GUERRERO al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 1° de septiembre de 1997, a través de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy en día por COLPENSIONES, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar los aportes pensionales o cotizaciones contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor VÍCTOR ORLANDO GONZÁLEZ GUERRERO quien se identifica con C.C. 19.388.255, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, junto con las sumas recibidas por bonos pensionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexado, discriminando con sus respectivos valores el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante con cargo a sus propios recursos, y con destino a COLPENSIONES.

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

CUARTO: DECLARAR no probadas los medios exceptivos propuestas por las demandadas.

QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de las administradoras demandadas. Se señalan como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la parte actora.

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

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* expuso que estaba probado que el actor estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por ISS, y que posteriormente se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través del fondo de pensiones PORVENIR S.A. y que se trasladó a COLFONDOS y luego regreso a PORVENIR.

De otro lado, precisó que el presente caso debía abordarse bajo la institución de las ineficacias según lo normado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y los postulados jurisprudenciales emanados de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Acorde con lo anterior, sostuvo que a la AFP le corresponde la carga de acreditar la información suministrada para efectuar el traslado de régimen, esto es, si brindó una información veraz, completa y oportuna, diferenciando entre uno y otro régimen, así como las ventajas y desventajas, a efectos de garantizar la libertad de elección al potencial afiliado.

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

En esa medida, dispuso la consecuencial devolución a COLPENSIONES de los emolumentos causados en virtud de dicho acto jurídico por parte de PORVENIR S.A. por ser el fondo al cual se encuentra actualmente afiliado. Además, declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a las demandadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión, la demandada PORVENIR S.A. la apeló. Al respecto solicita se revoque el fallo de primera ya que no se debió declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, dado que para la fecha en que se llevó a cabo no era su deber brindar consejo o dar una doble asesoría, ni informar por escrito los beneficios puntuales de los regímenes pensionales conforme lo dispuesto en el Decreto 692 de 1994. Además, sostuvo que los diferentes traslados horizontales efectuadas por el demandante según sentencia SL413 de 2018 que alude a los actos de relacionamiento, permite concluir que el accionante tenía conocimiento de las características de los regímenes pensionales, siendo su intención la de permanecer y pensionarse en el RAIS, de lo cual da cuenta su permanencia en el mismo por más de 25 años, aunado a que las condiciones intelectuales del gestor le permitían entender la decisión que estaba asumiendo.

De otro lado, solicita que en caso de confirmarse la declaratoria de ineficacia, se revoque la referente a trasladar los gastos de administración, primas de seguros previsionales y los aportes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, ya que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 permite efectuar tales descuentos, a fin de amparar al afiliado ante las contingencias de invalidez y muerte, por lo que conforme lo dicho por el Consejo de Estado el 3 de agosto del 2022, no es procedente trasladar los aportes destinados al Fondo de Garantía con cargo a sus propios recursos.

Agregó que ha generado un manejo rentable de los aportes del promotor, aunado a que los gastos de administración prescriben, y los rendimientos compensan con creces la condena por indexación, igualmente, refirió que no procede la condena en costas pues siempre ha actuado de buena fe.

COLFONDOS S.A. en la alzada refirió que ha garantizado a sus afiliados la protección del derecho a información, explicando el funcionamiento, características y requisitos del RAIS, las implicaciones de su traslado, los requisitos para pensionarse bajo ese régimen, de lo cual da cuenta el formulario de afiliación que suscribió el actor, a lo que se suma su permanencia en ese régimen por varios años.

COLPENSIONES en su apelación solicita se revoquen todas las condenas impuestas a su cargo el acto de traslado no solo fue válido, sino que produjo efectos jurídicos, pues el demandante efectuó aportes al fondo privado adquiriendo obligaciones, como lo ha sostenido la Corte Constitucional y esta Corporación en diferentes decisiones. De otra parte, solicita no se le condene en costas pues al momento en que el actor solicitó el retorno al régimen que administra ya estaba incurso en la prohibición de traslado. Por último, solicita que en caso de confirmarse la sentencia se ordene a las AFP, reintegrar la totalidad de las cotizaciones conforme a lo sentado en sentencias SL 17595 de 2017, SL 4829 de 2018 y SL 1421 de 2019.

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, 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 PORVENIR S.A. el 17 de julio de 1997, igualmente, se allegó el formulario de afiliación a través del cual regreso a PORVENIR S.A. el 24 de junio de 2009; vinculaciones que se hicieron efectivas según el reporte SIAFP, el 1º de septiembre de 1997 y el 1º de agosto de 2009, además se observa una afiliación intermedia a COLFONDOS que se hizo efectiva el 1º de junio de 2001, según el citado reporte. (f. 29 a 32 y 88 archivo 06 y f. 57 archivo 15)

Formularios que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acreditan que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes

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

Por otra parte, la demandante VICTOR ORLANDO GOZNALEZ GUERRERO en el interrogatorio de parte a él practicado, señaló que estando al servicio del HOSPITAL DE SAN JUAN DE ZIPAQUIRÁ, se llevó a cabo en ese lugar una reunión para que se trasladaran a PORVENIR; que además ese fondo aseveró que el ISS iba a ser liquidado y que los fondos privados ofrecían una mejor pensión; además, precisó que no se encuentra pensionado, que su retorno nuevamente a ese fondo se dio por cuanto el asesor le dijo que allí se podía pensionar mejor que en COLFONDOS. Añadió que posteriormente, PORVENIR le refirió que su mesada sería mejor en COLPENSIONES. Frente a su afiliación a COLFONDOS sostuvo que se dio en similares condiciones, acotando que se le dijo que en ese fondo la mesada mejor y que su pensión podía ser heredada.

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 que advierta una información de parte de PORVENIR S.A. al momento del traslado de la demandante según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, siendo evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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



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

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

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP PORVENIR S.A. no probó el

cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen 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, 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, 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, por lo que no es necesario llevar a cabo el cálculo actuarial al cual hace mención COLPENSIONES en su apelación, aspecto que además no fue objeto de controversia en el trámite procesal.

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 demandadas PORVENIR y COLPENSIONES frente 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 los argumentos de la alzada no resultan prósperos, es claro para la Sala la viabilidad de la condena en costas en primera instancia contra estas. 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 el numeral primero de la sentencia objeto de censura en el sentido de declarar que también resultan ineficaces los demás traslados horizontales que realizó el actor a COLFONDOS S.A. y a PORVENIR S.A., el 25 de abril de 2001 y el 24 de junio de 2009, respectivamente.

De la misma forma, se adiciona y modifica el numeral segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de condenar igualmente a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES, los rubros descontados por gastos de administración, seguros previsionales y los aportes efectuados al fondo de garantía de pensión mínima, conceptos que deben ser indexadas al momento de su pago; mismos emolumentos que son los que debe indexar PORVENIR S.A. al momento de su devolución a COLPENSIONES. 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:

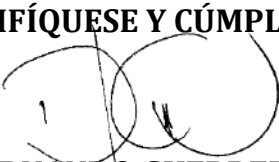
PRIMERO: ADICIONAR el numeral primero de la sentencia proferida el 26 de febrero de 2024 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de declarar que también resultan ineficaces los demás traslados horizontales que realizó el actor a COLFONDOS S.A. y a PORVENIR S.A., el 25 de abril de 2001 y el 24 de junio de 2009, respectivamente.

SEGUNDO: ADICIONAR Y MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de condenar igualmente a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES, los rubros descontados por gastos de administración, seguros previsionales y aportes efectuados al fondo de garantía de pensión mínima, conceptos que deben ser indexadas al momento de su pago; mismos emolumentos que son los que debe indexar PORVENIR S.A. al momento de su devolución a COLPENSIONES, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado, por los motivos ya indicados en la parte considerativa de la presente decisión.

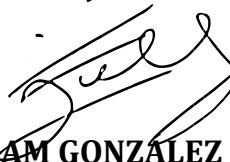
CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES. Se fija como agencias en derecho la suma de \$500.000, a cargo de cada una y favor la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

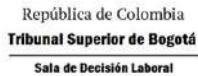


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

En uso de permiso
LUIS CARLOS GONZÁLEZ V.
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



Por consiguiente, se condene a PORVENIR S.A. a trasladar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el valor total de las tarifas de administración y todas las sumas adicionales con sus respectivos intereses o indexación con destino a COLPENSIONES, así como que se le condene a PROTECCIÓN S.A. también el traslado de los aportes realizados, junto con todos los rendimientos causados, el valor total del bono pensional, rendimientos causados del bono pensional, tarifas de administración y todas las sumas adicionales con sus respectivos intereses.

Asimismo, se condene a COLPENSIONES a computar los tiempos cotizados en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad dentro de la historia laboral y sin inconsistencias, respetando los IBC reportados en cada periodo, al igual que se declare un término prudencial para que las AFP demandadas cumplan con todos los trámites tendientes a la desafiliación, traslado de dineros a COLPENSIONES, aceptación, afiliación y póstuma emisión del historial laboral actualizado.

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

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 13 de octubre de 1966, así como que estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida por el periodo comprendido entre el mes de mayo de 1993 y el mes de abril de 2000.

Que la AFP PORVENIR S.A. por intermedio de sus empleados, la persuadió a trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el cual se hizo efectivo en el mes de abril de 2000, además que se le indicó que el ISS se extinguiría, insinuando que tanto su pensión como sus aportes pensionales estaban en riesgo de perderse, y que en el régimen privado se pensionaría con una edad inferior.

Arguyó que al momento del traslado no se le informó que el retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida sería limitado por existir una

prohibición legal, las diferencias de ambos regímenes pensionales, las ventajas y desventajas de los mismos, los efectos de los rendimientos financieros, entre otros aspectos de desinformación.

De otro lado, expuso que efectuó traslados horizontales dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda manifestando que la afiliación de la demandante ante sus dependencias estuvo precedida de una asesoría integral, clara, comprensible y objetiva sobre el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, resaltando su características principales y diferenciadoras, así como todos los conceptos necesarios para efectivizar el traslado.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la filiación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la denominada aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto.

COLPENSIONES refirió que el traslado de régimen pensional de la demandante fue con ocasión a que la misma gozaba de plena autonomía, siendo consciente sobre el formulario que suscribió, más aún cuando la elección se llevó a cabo de manera libre, espontánea y sin presiones.

Impetró 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 la denominada declaratoria de otras excepciones.

PORVENIR S.A. por su parte mencionó que la afiliación realizada por la demandante ante sus dependencias fue libre, voluntaria e informada tal y como consta en la solicitud de afiliación, documento privado en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, el cual se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del C.G.P. y el parágrafo del artículo 54 A del C.P.T. y de la S.S.

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 Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 12 de febrero de 2024, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora INGRID VILLA SALAZAR al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 1° de ABRIL de 2000, por intermedio de la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por COLPENSIONES, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A., a trasladar los aportes pensionales o cotizaciones contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora INGRID VILLA SALAZAR identificada con C.C. 39.541.547, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, junto con las sumas recibidas por bonos pensionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexado, discriminando con sus respectivos valores el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante con cargo a sus propios recursos, y con destino a COLPENSIONES.

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de las demandadas. Se señalan como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la parte actora.

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

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* expuso que estaba probado que la actora estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por ISS, y que posteriormente se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través del fondo de pensiones PORVENIR S.A., realizando un traslado horizontal con destino a la AFP HORIZONTE hoy también PORVENIR S.A. y luego con ING SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., última donde se encuentra afiliada en la actualidad.

De otro lado, precisó que el presente caso debía abordarse bajo la institución de las ineficacias según lo normado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y los postulados jurisprudenciales emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Acorde con lo anterior, sostuvo que a la AFP le corresponde la carga de acreditar la información suministrada para efectuar el traslado de régimen, esto es, si brindó una información veraz, completa y oportuna, diferenciando entre uno y otro régimen, así como las ventajas y desventajas, a efectos de garantizar la libertad de elección al potencial afiliado.

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

En esa medida, dispuso la consecencial devolución a COLPENSIONES de los emolumentos causados en virtud de dicho acto jurídico por parte de PROTECCIÓN S.A. por ser el fondo al cual se encuentra actualmente afiliado. Además, declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a las demandadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Argumentó en su alzada que de conformidad con la carga de la prueba establecida en el artículo 167 del C.G.P. incumbe a las partes tales supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que en ellas se persiguen, de allí que debiera ser la demandante quien probara la falta del deber de información.

Adicionalmente, adujo que las consecuencias del traslado de régimen pensional las reguló la Ley 100 de 1993, por eso cualquier interpretación de la norma no tenía alcance para viciar el consentimiento en los términos del Código Civil, más aún cuando la actora efectuó traslados horizontales dentro del mismo Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Finalmente, argumentó que de condenársele en costas procesales se estaría incurriendo en un detrimento patrimonial al sistema pensional, ya que lo ocurrido fueron decisiones de la actora que como administradora pensional no tuvo ninguna injerencia.

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 fueron aportados los formularios de afiliación que efectuara la actora al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PORVENIR S.A. el 10 de febrero de 2000, a la AHP HORIZONTE hoy también PORVENIR S.A. el 24 de mayo de 2002 y la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. el 26 de abril de 2004, última donde se encuentra vinculada actualmente (Fls. 29, 30 y 42 – PDF 01 DEMANDA, fl. 67 – PDF 09 CONTESTACIÓN y fl. 47 – PDF 08 CNTESTACIÓN

DEMANDA PROTECCIÓN), formularios que si bien refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acreditan que en efecto se haya suministrado en 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 INGRID VILLA SALAZAR 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:*



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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1994, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia al declarar la ineficacia 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,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

De lo anterior, dimana con claridad que no erró la *a-quo* en la decisión de declarar la ineficacia del traslado. Sin embargo, estima la Sala necesario adicionar el numeral primero de la sentencia objeto de censura en el sentido de declarar que también resultan ineficaces los demás traslados horizontales que realizó la actora a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. y a SANTANDER hoy PROTECCIÓN, última donde se encuentra afiliada actualmente.

De la misma forma, habrá de adicionarse y modificarse el numeral segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de condenar igualmente a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES los rubros descontados por gastos de administración, seguros previsionales y los aportes efectuados al fondo de garantía de pensión mínima, conceptos que deben ser indexadas al momento

de su pago; mismos emolumentos que son los que debe indexar PROTECCIÓN S.A. al momento de su devolución a COLPENSIONES.

En lo atinente a la inconformidad que presenta la demandada COLPENSIONES frente 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 los argumentos de la alzada no resultan prósperos, es claro para la Sala la viabilidad de la condena en costas en primera instancia contra esta. 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”.

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

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

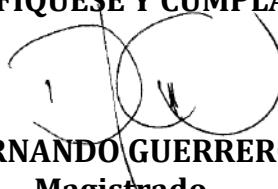
PRIMERO: ADICIONAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de declarar que también resultan ineficaces los demás traslados horizontales que realizó el actor a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. y a SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. respectivamente, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: ADICIONAR Y MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de condenar igualmente a porvenir S.A. a devolver a COLPENSIONES, los rubros descontados por gastos de administración, seguros previsionales y aportes efectuados al fondo de garantía de pensión mínima, conceptos que deben ser indexadas al momento de su pago; mismos emolumentos que son los que debe indexar PROTECCIÓN S.A. al momento de su devolución a COLPENSIONES, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado, por los motivos ya indicados en la parte considerativa de la presente decisión.

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

En uso de permiso
LUIS CARLOS GONZÁLEZ V.
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 2023 00102 01
Demandante: RAFAEL HUMBERTO DE LEON PALACIO
Demandados: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo 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 1.014.155.816 y T.P. 406.112 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y la demandada COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 29 de febrero de 2024 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor RAFAEL HUMBERTO DE LEON PALACIO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin de declararse la nulidad o ineficacia del traslado que efectuó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PORVENIR S.A. por falta al deber de información, y que se encuentra válidamente afiliado sin solución de continuidad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES los aportes existentes en su cuenta individual de ahorro, junto con los bonos pensionales, rendimientos, intereses, comisiones y gastos de administración, además se condene a las demandadas a pagar las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 6 de noviembre de 1958, se afilió al extinto ISS a partir del 6 de febrero de 1990 en donde realizó cotizaciones hasta el 30 de noviembre de 1998, alcanzando un total de 436.86 semanas.

Agregó que se trasladó de régimen a través de PORVENIR S.A. el 14 de octubre de 1998 y que el asesor de ese fondo en las etapas previas y posteriores al traslado no acreditó capacitación alguna frente un tema de alta complejidad como el traslado de régimen, pues no le informó las consecuencias que se derivarían del mismo, las ventajas y desventajas de ambos regímenes, solo se ciñó a diligenciar el formulario de afiliación y a indicar que el ISS desaparecería, por lo que sus aportes a pensión estarían en riesgo, en cambio en ese fondo se podía pensionar de manera anticipada y su mesada sería superior a la que obtendría en el régimen de prima media.

De otro lado, sostuvo que no fue informado sobre el derecho de retracto, las características de ambos regímenes, los requisitos para pensionarse, es decir, que el fondo privado no le brindó información suficiente, cierta, oportuna y transparente al momento del traslado. Por último, refirió que su mesada su mesada sería superior en el régimen de prima media y que solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen, el cual fue rechazado por esa entidad.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, indicando que el actor suscribió el formulario de traslado, asumiendo las consecuencias legales de tal decisión, que no son otras que regirse por las normas, procedimientos y requisitos establecidos en el RAIS. Por lo que no puede alegar después de tanto tiempo que fue engañado, aseveración de la cual no obra prueba en el trámite procesal que dé cuenta que se le hizo incurrir en error por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, tampoco se encuentra manifestación de inconformidad por parte del actor, al contrario, se observa que las documentales están sujetas a derecho, y que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, igualmente en el presente caso el gestor no cumple los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010; dado que está incurso en la causal de prohibición legal de traslado.

Propuso las excepciones de 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 innominada o genérica. (archivo 10)

PORVENIR S.A. al contestar se opuso a las pretensiones de la demanda. Indicó que el traslado de régimen pensional realizado por el actor fue completamente válido, ya que estuvo precedido de una asesoría oportuna, profesional, informada y ajustado a lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto No. 663 de 1993, asesoría que brindo de forma verbal, por lo que el traslado al RAIS el plenamente válido.

Formuló como medios exceptivos los denominados prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la innominada o genérica. (archivo 11)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 29 de febrero de 2024, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado pensional que hiciere el señor RAFAEL HUMBERTO DE LEON PALACIO identificado con C.C. N. 9.263.834, realizada ante la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., con fecha de solicitud 14 de octubre de 1998 inicio efectividad 01 de diciembre de 1998, por los motivos expuestos. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

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

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

CUARTO: SIN CONDENA en costas.

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

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* mencionó que el problema jurídico a resolver consistía en verificar la procedencia de la ineficacia del traslado que realizó el actor al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la

AFP PORVENIR S.A. en 1998, en razón a la falta de información. Encontrando acreditado que en efecto estuvo afiliado al ISS y luego se trasladó a PORVENIR. Agregó que teniendo en cuenta los preceptos legales y especialmente los jurisprudenciales emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, le corresponde al fondo convocado a juicio en atención de la carga de la prueba, demostrar que al momento del traslado se cumplió con el deber de información de todas y cada una de las características tanto positivas como negativas de ambos regímenes pensionales, al igual que se debía llevar a cabo una comparación de dichos regímenes, información entendida por ser completa, clara y comprensible, situaciones que no fueron probadas por parte de PORVENIR S.A., puesto que el simple formulario de afiliación no es prueba para acreditar tal precepto informativo y del interrogatorio de parte al gestor tampoco se evidencia confesión alguna sobre el cumplimiento de tal obligación, por lo que al no cumplirse la carga de la prueba declaró la ineficacia del traslado del actor.

En últimas, adujo frente a las cuotas de administración y los seguros previsionales, a pesar de que no desconoce las consecuencias de la ineficacia, el acceder a devolver dichos rubros, desconoce el tiempo de permanencia del actor en la AFP encartada dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y que durante ese lapso estuvo cubierto frente a los riesgos de invalidez y sobrevivencia. Finalmente, dispuso no condenar en costas a ninguna de las encartadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la parte actora la apeló. Al respecto, manifestó su disenso frente a la absolución de condena en costas a PORVENIR S.A., aduciendo que si bien la Juez acogió los argumentos de COLPENSIONES para no condenarlo en costas, no puede suceder lo mismo con el fondo privado, pues conforme lo reglado en el artículo 365 del C.G.P., resultó vencido en juicio y fue quien incumplió con el deber de información a su cargo, agregando la apoderada de la activa que el actor se vio incurso en unos gastos para incoar el presente proceso

y esa togada ha actuado con diligencia en el trámite procesal, por lo que solicita se imponga condena en tal sentido.

COLPENSIONES en la alzada solicita se revoque la absolución de primer grado frente a la devolución de gastos de administración por parte de PORVENIR S.A., dado que la estabilidad financiera de esa entidad se ve afectada al no imponerse tal condena, pues además de incurrir en gastos para responder por las prestaciones sociales del gestor y de otros afiliados y en ocasiones debe acudir a instaurar procesos ejecutivos para lograr el cumplimiento de las sentencias, añadiendo que debe tenerse en cuenta que no intervino en el acto jurídico de traslado, por lo que solicita se condene a devolver tal concepto al fondo privado.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó 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 PORVENIR S.A. el 14 de octubre de 1998, vinculación que se hizo efectiva según el reporte SIAFP, el 1º de diciembre de

1998, según el citado reporte. (f. 32 y 121 archivo 11), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado 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 señora RAFAEL HUMBERTO DE LEON PALACIO en el interrogatorio de parte a él practicado, refirió que no se encuentra pensionado en la actualidad, que su traslado a PORVENIR S.A. se dio cuando laboraba en una Clínica en La Dorada Caldas, lugar al que arribó un asesor quien le manifestó que se trataba de una opción diferente al ISS, acotando que la reunión no demoró más de cinco o diez minutos y diligenció el formulario; que eligió ese fondo porque para la época se comentaba que el ISS estaba en quiebra; refiere que revisaba sus extractos y que en una ocasión fue citado para verificar lo atinente a su pensión, percatándose que su mesada en ese fondo no sería superior a dos salarios mínimos, por lo que se sintió engañado por el fondo, además, en otra oportunidad le informó de pérdidas en su cuenta de ahorro por las inversiones del fondo, tampoco le explicaron que no podía trasladarse de régimen antes de estar a diez años de la edad de pensión, enfatizando que cuando el ISS desapareció pensó que estaba afiliado en el lugar indicado.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de PORVENIR S.A. al momento del traslado del demandante, por 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 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 2008, 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 respecto de los cuales absolvió la falladora de instancia, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

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

individual, luego, por lo que al retornarse las contingencias referidas, evidente es que existe satisfecho un financiamiento como consecuencia de una posible prestación a la demandante.

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

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

En lo atinente a la inconformidad que presenta la parte actora respecto a la absolución de condena en costas a PORVENIR S.A., debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, 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 y presentó excepciones, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas en primera instancia contra esa administradora de pensiones. 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”.

Así las cosas, se revocará la sentencia de primer grado en tal sentido y se condenará en costas de primera instancia a PORVENIR S.A.

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

No obstante lo anterior, habrá de adicionarse el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de condenar a PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES, además de las sumas indicadas en ese numeral, lo correspondiente a bonos pensionales si hay lugar, los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debiendo indexar al momento de la devolución lo referente a gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos.

SIN COSTAS en esta instancia como quiera los argumentos de las apelantes salieron adelante.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

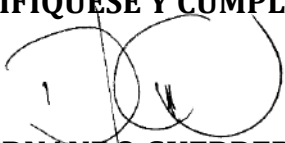
PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, además de las sumas indicadas en ese numeral, lo correspondiente a bonos pensionales si hay lugar a ello, junto con los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debiendo indexar al momento de la devolución lo referente a gastos de administración, primas de seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral cuarto de la sentencia de primer grado en el sentido de condenar a PORVENIR S.A., a pagar costas de primera instancia a favor de la actora, las cuales deberán ser tasadas por la falladora de primer grado.

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

En uso de permiso
LUIS CARLOS GONZÁLEZ V.
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 30 2022 00406 01
Demandante: MARTHA CONSUELO PARRA CASTRO
Demandados: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de PORVENIR S.A. a la abogada MARÍA CAMILA GUÍO MARTÍNEZ, identificada con cédula de ciudadanía 1.032.505.503 y T.P. 414.733 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

Igualmente, se reconocer personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la profesional del derecho LEIDY CAROLINA FUENTES SUÁREZ, identificada con cédula de ciudadanía 1.049.614.551 y T.P. 246.554 del C. S. de la Judicatura, en las puntuales condiciones del poder a ella asignado.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, en contra de la sentencia proferida el 7 de diciembre de 2023 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MARTHA CONSUELO PARRA CASTRO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin de declararse la ineficacia del traslado efectuada del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PORVENIR S.A., de allí que para todos los efectos legales igualmente se declare que nunca estuvo afiliada en el régimen privado.

Por consiguiente, se le condene a PORVENIR S.A. trasladar con destino a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido en su cuenta de ahorro individual como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado en su cotización.

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

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que efectuó traslado en el mes de julio de 1994 del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de la extinta AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.

Que en el mes de julio de 1994 recibió en las instalaciones de su puesto de trabajo la visita de un promotor de HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., quien la invitó a trasladarse, sin que el mismo fuese experto ni profesional en el conocimiento o formación en pensiones o regímenes pensionales.

Adujo que la información suministrada consistió en que, en el régimen privado se pensionaría de manera anticipada a cualquier edad, así como que la mesada pensional sería superior a la que obtendría en el Régimen de Prima Media con

Prestación Definida, que el ISS se acabaría, existiendo así engaños y omisiones en la información.

Mencionó que no se le efectuó una proyección de mesadas pensional entre ambos regímenes, no se le hizo una explicación de las diferencias de los mismos, entre otros aspectos de desinformación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. contestó la demanda manifestando que la afiliación de la demandante con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad llevada a cabo ante sus dependencias fue precedida de una asesoría oportuna, amplia y suficiente que de manera libre, voluntaria y espontánea conllevó a que la actora decidiera suscribir el formulario de afiliación.

Adicionalmente, sostuvo que en dicha asesoría se le informó entre otras cosas sobre el régimen de transición, que el monto de su pensión dependería del capital aportado en su cuenta individual pudiendo realizar aportes voluntarios y sobre el bono pensional si había lugar a ello.

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 la de buena fe.

COMPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones de la demanda, indicando para lo pertinente que los aportes de la actora en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se llevaron a cabo con plena voluntad, la cual por demás se ha venido viendo ratificada por más de 28 años. Adicionalmente, sostuvo que se encuentra dentro de la prohibición legal contenida en la Ley 797 de 2003.

Formuló como medios exceptivos los denominados en caso de que se demuestre la falta de la información y buen consejo se absuelva a COLPENSIONES y se condene a la AFP PORVENIR S.A. para que se trate a la demandante conforme a las reglas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373-2021, el

error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

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

“PRIMERO: Declarar ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante señora **Martha Consuelo Parra Castro**, identificada con cédula de ciudadanía No.51.825.628, del Régimen De Prima Media Con Prestación Definida administrado por el extinto Instituto de los Seguros Sociales hoy COLPENSIONES al Régimen De Ahorro Individual con Solidaridad administrado por HORIZONTE hoy sustituido por la AFP PORVENIR S.A., a partir del **1° de agosto de 1994**, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Declarar válidamente vinculada a la demandante señora **Martha Consuelo Parra Castro** al Régimen de Prima Media Con Prestación Definida administrado por la Administradora Colombiana De Pensiones –COLPENSIONES-, conforme a lo expuesto.

TERCERO: Condenar a la Sociedad Administradora De Fondo De Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a devolver todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración incluyendo los valores destinados a la adquisición de seguros previsionales y aquellos destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, por el lapso en que permaneció en el RAIS administrado por la AFP PORVENIR SA, esto es desde el **1° de agosto de 1994** y hasta que se haga efectivo el traslado, los costos cobrados por administración deberán ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora y debidamente indexados.

CUARTO: Ordenar a la Administradora Colombiana De Pensiones –COLPENSIONES-, a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el Régimen de Prima Media con Prestación definida.

QUINTO: Declarar no probadas las excepciones planteadas por las demandadas COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A., conforme a lo indicado en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: Condenar en costas de esta instancia a la **Sociedad Administradora De Fondo De Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, por secretaría líquidense e inclúyanse como agencias en derecho la cantidad de Tres Millones Seiscientos Mil Pesos (\$3'600.000) a cargo de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

esa administradora y a favor de la demandante. Sin costas ni a favor ni en contra de la Administradora Colombiana De Pensiones –COLPENSIONES.

SÉPTIMO: Conceder el grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la Administradora Colombiana De Pensiones COLPENSIONES, por resultar la presente decisión adversa a los intereses de los afiliados al RPMPD.”

Para arribar a dicha conclusión, el operador de instancia como fundamento de su decisión adujo que, si bien se pretende la nulidad de la afiliación, para lo cual sería del caso acudir a lo preceptuado en el artículo 1740 del C.C., lo cierto es que a la luz de la jurisprudencia se ha determinado que el caso de marras debe ser analizado bajo la égida de la ineficacia.

Seguidamente, expuso que, según criterio doctrinal emanado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, le corresponde a las AFP demostrar una asesoría a sus potenciales afiliados al momento del traslado de régimen pensional, situación que por demás guarda plena congruencia con lo consagrado en el artículo 167 del C.G.P. Que, en tal sentido la demandante en ningún momento confesó en el interrogatorio de parte a ella practicado, el haber recibido la información por parte de la entonces AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., concluyendo entonces que nada se le advirtió acerca de los beneficios y desventajas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, adicional a que el formulario de afiliación no suple la asesoría por parte de las AFP sobre los pormenores que conllevaban el traslado de régimen pensional.

Por tal razón, resulta próspera la ineficacia del traslado, sumado a que la excepción de prescripción en asuntos de ineficacia no goza con vocación de prosperidad en tratándose de que la seguridad social es un derecho de carácter irrenunciable.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. la apeló. Argumentó en su alzada que la demandante decidió trasladarse de manera libre y voluntaria al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, máxime que no existe certeza de que la actora no hubiese recibido una información ajustada a derecho, así como que en la actualidad se encuentra dentro de la prohibición de que trata la Ley 797 de 2003.

Que de prosperar la ineficacia de la afiliación debe absolverse en lo concerniente a los gastos de administración, primas de seguros previsionales y aportes para la garantía de la pensión mínima.

Sostuvo que los gastos de administración y las primas de seguros previsionales de conformidad con lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, el descuento de los mismos tiene una destinación específica, adicional a que las contingencias reprochadas nunca debieron ingresar al régimen público.

Que no debe prosperar la indexación en cuanto al traslado de los anteriores rubros, toda vez que los rendimientos generados en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad fueron inclusive superiores a los aportes realizados por la actora y, de proceder tal aspecto, se configuraría un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES, absolución que también debe prosperar frente a las costas procesales.

COLPENSIONES por su parte arguyó en su alzada que aceptar el retorno de la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida contribuiría con la descapitalización del sistema pensional, lo que a su vez afecta la sostenibilidad financiera del sistema. En últimas solicita la absolución de las costas procesales.

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 HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 12 de julio de 1994

(Fl. 50 – PDF 01 DEMANDA y fl. 35 – PDF 05 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, la aquí demandante señora MARTHA CONSUELO PARRA CASTRO 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, modalidades por vejez dentro del régimen privado, el derecho de retracto, etc.

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

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

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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1994, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia al declarar la ineficacia 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

*pensionales. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los **gastos de administración, comisiones, y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.** Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

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

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

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

De lo anterior, 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.

Finalmente, en lo que respecta al reproche elevado por PORVENIR S.A. y 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 las demandadas 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.

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

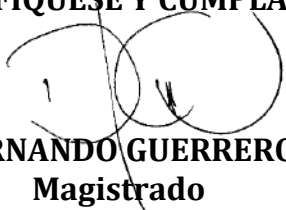
RESUELVE:

PRIMERO: ACLARAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, en el entendido de indicar que la AFP PORVENOR 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

En uso de permiso
LUIS CARLOS GONZÁLEZ V.
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 34 2022 00042 01
Demandante: LUZ JANETH ARIZA MARÍN
Demandados: COLPENSIONES, PROTECCIÓN y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo 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, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá el 15 de febrero de 2024.

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:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

La señora LUZ JANETH ARIZA MARÍN promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y CONFONDOS S.A., a fin de declararse que la referida PROTECCIÓN S.A. no le suministró información cierta, clara, oportuna, suficiente y transparente al momento de suscribir el formulario de traslado con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en el mes de abril de 1994, de allí que para todos los efectos legales deba permanecer afiliado en el régimen público por intermedio de COLPENSIONES.

Por consiguiente, se condene a COLFONDOS S.A., AFP donde se encuentra afiliada en la actualidad, a realizar la devolución con destino a COLPENSIONES de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros, gastos de pólizas por invalidez y muerte y devolución de los gastos de administración que han sido descontados, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante todo el tiempo en que estuvo afiliada, así como que se le condene a COLPENSIONES recibir todas las contingencias.

En últimas, 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, refirió que nació el 7 de junio de 1963, encontrándose afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida en el mes de mayo de 1994.

Que suscribió formulario de traslado con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PROTECCIÓN S.A., sin que el promotor de dicha AFP le suministrara una información cierta, clara, suficiente y oportuna en cuanto a las características de ambos regímenes pensionales, no se le efectuó un cálculo actuarial, ni se le indicaron las ventajas y desventajas de los dos regímenes.

Adujo que no se le informó sobre cuánto sería el capital que debería acumular en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad para obtener una pensión, entre otros aspectos de desinformación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda manifestando que la afiliación del demandante con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ante sus dependencias fue un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, toda vez que el formulario se suscribió de manera libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto que por demás tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre las partes, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restituciones mutuas en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, innominada o genérica y la denominada traslado de aportes.

COLFONDOS S.A. indicó que la afiliación de la demandante ante sus dependencias obedeció a que se le brindó una asesoría integral y completa sobre el régimen general de pensiones, luego de examinar los beneficios y desventajas de los diferentes regímenes pensionales o administradoras de pensiones.

Impetró las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones

obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y la de compensación y pago.

COLPENSIONES por su parte contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, bajo el entendido que no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error ante la falta del deber de información al momento del traslado de cambio de régimen pensional, o de que exista algún vicio del consentimiento como el error, la fuerza o el dolo.

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 la seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 15 de febrero de 2024, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por LUZ JANETH ARIZA MARIN, del 4 de abril de 1994, entre el régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado a través de la afiliación a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías COLMENA actualmente SOCIEDAD AFP PROTECCION S.A. y su traslado horizontal a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías COLFONDOS S.A., a reintegrar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante LUZ JANETH ARIZA MARIN, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado, SIN LUGAR a descontar valores por concepto de administración o primas de seguros previsionales.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la pasiva, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías COLFONDOS S.A, con motivo de la afiliación de LUZ JANETH ARIZA MARIN, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS PROCESALES a cargo de la demandada SOCIEDAD AFP PROTECCION S.A., liquídense por secretaría incluyendo la suma de 1SMLMV por concepto de agencias en derecho.

SEXTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones de la demanda.

SEPTIMO: Conceder el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo señalado en el inciso tercero del artículo 69 del C.P.L.”

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* señaló en síntesis que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 surgieron dos regímenes pensionales, esto es, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, los que coexisten y están administrados a través de entidades públicas y privadas, enfatizando que de acuerdo a la reiterada jurisprudencia emanada por el órgano de cierre de esta especialidad, los fondos de pensiones deben garantizar una adecuada asesoría a sus afiliados o potenciales afiliados, pues de ello depende la correcta elección del régimen que más les convenga, por lo que desde su nacimiento los fondos de pensiones tiene a su cargo el deber de información el cual no se prueba con la suscripción del formulario de afiliación, o con los diferentes traslados horizontales que haya efectuado el afiliado.

De esa forma, señaló que en el plenario estaba acreditado el traslado de régimen pensional de la actora; sin embargo, de las demás pruebas obrantes el expediente entre ellos del interrogatorio de parte de la demandante no se evidencia confesión alguna sobre el cumplimiento del deber de información por parte del fondo de pensiones primigenio, en esa medida, declaró la ineficacia del traslado, ordenó la devolución a COLPENSIONES por parte de COLFONDOS S.A. lo concerniente a cotizaciones, bonos pensionales, sumas

adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos que se hubieren causado, y sin conservar el derecho a retener los valores por cuotas de administración o primas de seguros previsionales.

Por último, adujo que en tratándose de ineficacia del traslado, resulta imprescriptible.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló, argumentando para lo pertinente que la aquí demandante se encuentra dentro de la prohibición legal de que trata la Ley 797 de 2003, sin que tampoco cumpla con los requisitos establecidos en las sentencias SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013.

COLFONDOS S.A. por su parte adujo que debe llevarse a cabo en esta instancia un análisis exhaustivo frente a los formularios de afiliación efectuados por la demandante en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad así como en el interrogatorio de parte por ella practicado, en la medida que tales probanzas demuestran la información adecuada al momento del traslado de régimen, máxime si para la época de la suscripción del negocio jurídico el único requisito legal para dejar por sentado era el mentado formulario de afiliación.

Asimismo, arguyó que en caso de prosperar la ineficacia del traslado, no es procedente la devolución de los gastos de administración ni de las cuotas de seguros previsionales, ni rendimientos, toda vez que a la demandante en todo momento se le ha garantizado una cobertura total de amparo de los riesgos de vejez, fallecimiento e invalidez, donde en virtud a una póliza con la aseguradora que corresponde en el eventual caso de configurarse dicho riesgo, es de colocar la suma adicional, la cual por demás es de naturaleza preventiva, por lo que en cualquier momento se podía solicitar su amparo.

Que los intereses y rendimientos generados nacen a la vida jurídica en virtud de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por lo que al declararse la ineficacia no son existentes, de allí que la actora a lo único que tiene derecho es a la devolución de los aportes efectuados.

Mencionó que lo que debe proceder es un traslado excepcional y no la ineficacia, pues así se garantiza el respaldo de los beneficios que existen dentro del régimen privado a la actora, todo de conformidad con lo establecido en el artículo 100 del Decreto 3995 de 2008.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fueron aportados los formularios de afiliación que efectuara la demandante por intermedio de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. el 5 de abril de 1994, efectuando un traslado horizontal con destino a CONFONDOS S.A. el 28 de noviembre de 1994 (Fl. 34 – PDF 08 CONTESTACIÓN DEMANDA PROTECCIÓN S.A. y fl. 20 – PDF 10 CONTESTACIÓN COLFONDOS S.A.), formularios que si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acreditan que en efecto se haya suministrado en 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 LUZ JANETH ARIZA MARÍN 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 PROTECCIÓN S.A. por cuanto no se obtuvo confesión alguna de la debida asesoría al tenor de los preceptos emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, carga probatoria que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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

Etapas 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,	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los



asesoría y buen consejo	Decreto 2241 de 2010	pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1994, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

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

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

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido,

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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.*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 adicionarse y aclararse como quiera que no emitió condena alguna frente a la indexación de los valores anteriormente descritos por la jurisprudencia. En tal sentido, se dispondrá que la COLFONDOS S.A., AFP donde actualmente se encuentra afiliada la demandante, 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.

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

COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. 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: MODIFICAR y ADICIONAR los numerales y cuarto de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, en el entendido de indicar que COLFONDOS S.A., AFP donde se encuentra afiliada actualmente la demandante, 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.

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

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. Se fijan como agencias en derecho la suma



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

En uso de permiso
LUIS CARLOS GONZÁLEZ V.
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 38 2019 00729 01
Demandantes: CAROLINA SÁNCHEZ RONCANCIO
Demandados: COLEGIO BILINGÜE PIO XII LTDA.
 HENRY HERNÁN ASCENCIO ÁLVAREZ.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo 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 26 de mayo de 2023 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora CAROLINA SÁNCHEZ RONCANCIO formuló demanda ordinaria laboral en contra del COLEGIO BILINGÜE PIO XII LTDA. y del señor HENRY HERNÁN ASCENCIO ÁLVAREZ, a fin que se declare que existió como medio vinculante un



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

contrato de trabajo a término fijo, y en consecuencia se los condene de manera solidaria al pago de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de servicios, indemnización moratoria, parafiscales, caja de compensación, aportes al sistema de seguridad social, salario adeudado al 30 de noviembre de 2019, indemnización por despido injusto, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones refiere que prestó servicios personales para el COLEGIO BILINGÜE PIO XII LTDA. y el señor HENRY HERNÁN ASCENCIO ÁLVAREZ, mediante un contrato de trabajo a término fijo del 21 de junio de 2019, el cual estuvo vigente hasta el 30 de noviembre de 2019; refiere que el empleador dio por terminado el contrato de trabajo de manera anticipada el 30 de agosto de 2019, ello pese a que incumplía los pagos de salarios y seguridad social.

Relata que se desempeñó como docente de ciencias en la sección primaria, devengando la suma de \$2.500.000, que no se han solucionado las acreencias laborales deprecadas y que el empleador dio por terminado el contrato de trabajo debido a que, en compañía de otros docentes, exigieron el pago de salarios y aportes a seguridad social, siendo además objeto de acoso laboral para que renunciara.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

El COLEGIO BILINGÜE PIO XII LTDA. contestó la demanda señalando que, del contrato de trabajo aportado en la demanda, se advierte que el mismo se suscribió con el COLEGIO BILINGÜE PIO XII CAMPESTRE COTA, identificado con el NIT 901.207.657-7, el cual no corresponde con la sociedad accionada.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito que denominó falta legitimación en la causa por pasiva, prescripción, inasistencia de la relación laboral, cobro de lo no debido, ausencia de causa, temeridad y mala fe y la genérica.

El señor HENRY HERNÁN ASCENCIO ÁLVAREZ no contestó la demanda en el término legalmente concedido.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 26 de mayo de 2023, absolvió a los demandados de todas las pretensiones.

Para tal efecto señaló que se aportó el certificado expedido por el COLEGIO BILINGÜE PIO XII CAMPESTRE COTA, el cual da cuenta de la existencia del contrato de trabajo, documental suscrita por la señora TATIANA ASENCIO PARRA, lo cual permite concluir que se vinculó con una persona jurídica distinta de la demandada COLEGIO BILINGÜE PIO XII LTDA., más aún cuando en el certificado de existencia y representación legal, no se hace alusión a que sea dicha sociedad la propietaria o que tenga participación en el COLEGIO BILINGÜE PIO XII CAMPESTRE COTA.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De otra parte, la testigo MAGDA NANCY RODRÍGUEZ, dio cuenta que la actora prestó servicios en la sede de un colegio ubicado en Cota, lo cual ratifica lo señalado en el certificado, y además se extrae que, si bien existe identidad de nombre, ello obedeció a que se pretendía beneficiarse de una práctica de competencia desleal, sin que ello implique acreditar la existencia del contrato de trabajo con la demandada. Finalmente, que la parte demandante no concurrió a la audiencia de conciliación ni a absolver al interrogatorio de parte, por lo que se presume que no existió el contrato de trabajo, lo cual no fue desvirtuado por activa.

Finalmente, en gracia de discusión señaló que no se acreditó que el señor HENRY HERNÁN ASCENCIO ÁLVAREZ ostente la condición de socio del colegio que fungió como verdadero empleador, aspecto que además no fue planteada en el litigio.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante sustentó la alzada señalando que no se hizo una valoración en conjunto de los medios de convicción, ello en tanto se intentó obtener el certificado de existencia y representación legal del presunto COLEGIO BILINGÜE PIO XII CAMPESTRE COTA, lo cual solo es un sofisma del socio HENRY HERNÁN ASCENCIO ÁLVAREZ como del COLEGIO BILINGÜE PIO XII LTDA., para quienes existía convicción de los trabajadores que laboraban para dicha sociedad.

De otra parte, que se debe dar aplicación al principio de primacía de la realidad, a fin de tener en cuenta que el contrato de trabajo era un sofisma de distracción, siendo la contratación realizada por el verdadero empleador cual es el COLEGIO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

BILINGÜE PIO XII LTDA., lo cual se corrobora con la prueba testimonial, quien narró las condiciones de ingreso o vinculación laboral.

De tal manera, que se premia la estrategia de la sociedad empleadora para desconocer los derechos laborales; sin que sea de recibo que se trate de una competencia desleal.

IV. CONSIDERACIONES:

4.1 Trámite de segunda instancia:

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

4.2 Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala auscultará si existió un contrato de trabajo entre la demandante y la sociedad COLEGIO BILINGÜE PIO XII LTDA.

4.3 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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, 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, en el supuesto fáctico de la demanda se señala que la accionante prestó servicios personales en beneficio del COLEGIO BILINGÜE PIO XII LTDA., así como del señor HENRY HERNÁN ASCENCIO ÁLVAREZ; la parte pasiva adujo que la señora CAROLINA SÁNCHEZ RONCANCIO no laboró para los demandados, y que del propio contrato de trabajo aportado al plenario se advierte que prestó servicios en el COLEGIO BILINGÜE PIO XII CAMPESTRE COTA.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Determinado lo anterior, debe señalarse en primera medida, que la parte demandante no compareció a la audiencia de conciliación de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., por lo cual el *a-quo* en auto del 9 de febrero de 2023 (fl. 1 archivo digital 12ActaAudienciaArt7720230209.pdf), impuso la sanción consistente en presumir como ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la contestación de la demanda y en las excepciones de mérito, para lo cual hizo expresa mención a lo manifestado respecto de la inexistencia del contrato de trabajo. De igual manera, no compareció a absolver el interrogatorio de parte, por lo cual de conformidad con el artículo 205 C.G.P., tuvo por cierto el hecho de la contestación de la demanda atinente a que no sostuvo con la demandada un vínculo contractual laboral alguno (fl. 1 archivo digital 13ActaFallo20230526.pdf).

Ahora bien, de la revisión de la prueba documental aportada con la demanda, se tiene que milita copia del contrato de trabajo suscrito entre la demandante señora CAROLINA SÁNCHEZ RONCANCIO y el denominado COLEGIO BILINGÜE PIO XII CAMPESTRE COTA, identificado con Nit 901207657-7, ubicado en el Km 2.5 Vía Siberia Cota – Cundinamarca, el cual además refiere que actúa en calidad de representante legal el señor HENRY HERNÁN ASCENCIO ÁLVAREZ (fls. 22 a 24 archivo digital 01CuadernoFisico.pdf).

Así mismo, se aportó certificado suscrito por la señora TATIANA ASCENSIO PARRA, en calidad de Coordinadora General del COLEGIO BILINGÜE PIO XII CAMPESTRE COTA (fl. 21 archivo digital 01CuadernoFisico.pdf), señalando:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Con la presente nos permitimos certificar que la señora CAROLINA SÁNCHEZ RONCANCIO, identificada con cédula de ciudadanía No. 53.070.124 de Bogotá, laboró en nuestra institución desde el 21 de junio del 2019 hasta el 30 de agosto del 2019, con contrato laboral en el cargo de DOCENTE DE CIENCIAS EN LA SECCIÓN DE PRIMARIA con una designación salarial de \$2.500.000 mensuales”.

Así las cosas, se evidencia en primera medida que dichas documentales en manera alguna desviertúan la presunción que la demandante no laboró para la accionada COLEGIO BILINGÜE PIO XII LTDA., pues solo acreditarían la prestación personal del servicio en favor del COLEGIO BILINGÜE PIO XII CAMPESTRE COTA, así como que el contrato se suscribió por quien se identifica como representante legal, señor HENRY HERNÁN ASCENCIO ÁLVAREZ, mas no dan cuenta que se haya laborado en beneficio de la sociedad demandada.

De otra parte, la testigo MAGDA NANCY RODRÍGUEZ señaló que estimaban que prestaban servicios para la sociedad COLEGIO BILINGÜE PIO XII LTDA., sin que haya investigado si se trataba del mismo COLEGIO BILINGÜE PIO XII CAMPESTRE COTA, pues siempre se hacía referencia a la sede de Mosquera, por lo que consideraban que Cota solo era otra sede de la misma institución, conociendo que el señor HENRY HERNÁN ASCENCIO ÁLVAREZ era socio, y contrataba profesores de la sede de Mosquera para que trabajen en Cota.

De igual manera, dejó en claro que el COLEGIO BILINGÜE PIO XII CAMPESTRE COTA se cerró por orden de la Secretaría de Educación, y al conocer que el señor HENRY HERNÁN ASCENCIO ÁLVAREZ es socio del colegio COLEGIO BILINGÜE PIO XII LTDA. con sede en Mosquera, se optó por reclamar a dicha sociedad el pago de las acreencias insolutas, debiendo asumir responsabilidad por ser la matriz.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En ese orden de ideas, la prueba testimonial tampoco logra formar el convencimiento de la Sala respecto a que la demandante prestó sus servicios personales en beneficio del COLEGIO BILINGÜE PIO XII LTDA., pues no tiene certeza si se trata de la misma persona jurídica, y la relación se desprendió por acitva de la calidad de socio del señor HENRY HERNÁN ASCENCIO ÁLVAREZ, aspecto que no compromete la responsabilidad de la sociedad demandada, quien no fungió como empleadora de la demandante.

De otra parte, adujo el recurrente que el COLEGIO BILINGÜE PIO XII CAMPESTRE COTA es una simple fachada tendiente a desconocer los derechos laborales de los trabajadores, no obstante, no acreditó que en efecto no ostente personería jurídica o que sea un establecimiento de comercio de COLEGIO BILINGÜE PIO XII LTDA. o que esta sociedad sea la matriz, hechos que se encuentran huérfanos de prueba, pues no se allegó el certificado expedido por la autoridad adiminsitrativa competente, que de cuenta de la inexistencia de dicha razón social., qudando sus dichos en el campo de las suposiciones.

Finalmente, cabe anotar que el señor HENRY HERNÁN ASCENCIO ÁLVAREZ fue demandado como solidariamente responsable respecto de las obligaciones del COLEGIO BILINGÜE PIO XII LTDA., dada su condición de socio, lo cual no tiene vocación de prosperidad en tanto, se reitera, no se acreditó que la demandante prestara servicios en favor de la mentada sociedad.

En ese orden de ideas, se confirmará en su integridad la decisión de primer grado, en tanto la parte demandante tenía a su cargo el desvirtuar la presunción de inexistencia del contrato de trabajo, sin que cumpliera con el *onus probandi* que le



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

correspondía. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandante. Las agencias en derecho se fijan en la suma de \$300.000.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de mayo de 2023 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones vertidas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Las agencias en derecho se fijan en la suma de \$300.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

En uso de permiso
LUIS CARLOS GONZÁLEZ V.
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado