



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 09 2020 00213 01
Demandante: MYRIAM SORAYA CAMELO GARZÓN
Demandados: PORVENIR S.A., PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES al abogado OSCAR WILLIAM MONTES URREA, identificado con cédula de ciudadanía 1.053.836.821 y T.P. 316.002 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 16 de junio de 2022 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

La señora MYRIAM SORAYA CAMELO GARZÓN promovió demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., a fin que se declare que la vinculación realizada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PORVENIR S.A. se produjo con engaños y publicidad que no corresponde a la realidad, siendo víctima para obtener la vinculación a dicho régimen, en la cual el promotor actuó por medio de engaños y omisiones generando falsas expectativas, entre otras, la de recibir una mesada pensional mayor a la que recibiría en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, de allí que debe declararse la nulidad de la afiliación.

Asimismo, se ordene a las demandadas PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. devolver al sistema todos los valores que hubiesen recibido con motivo de su vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y sus respectivos rendimientos con destino al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

De otra parte, se condene a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. pagar a cargo de su propio patrimonio los deterioros sufridos por el patrimonio administrado, incluidas las mermas ocasionadas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, y por los gastos de administración en que hubiere incurrido, siguiendo las reglas del artículo 1746 del Código Civil, que le corresponden en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el mes de abril de 1999 para PORVENIR S.A. y julio de 2004 respecto de PROTECCIÓN S.A., hasta la fecha en que se haga efectiva; al igual que se le ordene a COLPENSIONES recibir todos los valores con motivo de su afiliación, el valor de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la administradora, con todos sus frutos e intereses, más sus rendimientos financieros en poder de los fondos de pensiones.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 7 de octubre de 1963, iniciando su vida laboral en el mes de febrero de 1992 en la FUNDACIÓN HOSPITAL SAN CARLOS a través del extinto ISS hasta el mes de abril de 1999.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que en el mes de abril de 1999 fue citada junto con los trabajadores de la Clínica Colsanitas a una reunión programada por la AFP PORVENIR S.A. dentro de sus actividades de mercadeo, ello con el fin de acoger a la mayoría de personas para lograr su vinculación, por lo que se le expuso una serie de supuestos beneficios que lograría al trasladarse de régimen pensional, pero sin brindársele explicaciones ni información alguna sobre la edad mínima para obtener la pensión, como tampoco cuál era el saldo que debía acreditar en la cuenta de ahorro individual para obtenerla.

Seguidamente, continuó su relato en que PORVENIR S.A. le manifestó que recibiría una mesada mayor a la que podría obtener en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, así como que suministró una información nula en lo que atañe con las consecuencias legales y económicas que le traería el cambio de régimen pensional, como lo son las consecuencias negativas del traslado y aprovechando la emoción del momento ante los falsos beneficios.

Que por tal razón, su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se produjo sin la información real y objetiva respecto de las condiciones negativas que acarrearía dicho traslado, por intermedio de información engañosa con el afán de afiliar al mayor número de trabajadores posible, entre otros aspectos de desinformación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda manifestando que a la demandante se le brindó 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 por cuanto dependía 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, incluso realizando comparativos entre ambos regímenes pensionales como quiera que al momento de la afiliación no se podía



determinar con exactitud el monto de la mesada pensional, ni mucho menos si sería superior o inferior a la posiblemente percibida en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

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

COLPENSIONES refirió que la demandante se encuentra inmersa dentro de la prohibición legal dispuesta en la normatividad vigente de seguridad social y según antecedentes de rango jurisprudencial. De otra parte, señaló que suscribió el formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual para el mes de abril de 1999, por lo que la asesoría se brindó en vigencia del Decreto 663 de 1993, entendiéndose así suplida la misma con la suscripción del formulario de afiliación.

Formuló los medios exceptivos 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 de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica.

PORVENIR S.A. indicó que el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual a través de sus dependencias fue producto de una decisión libre e informada después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su traslado, sobre el funcionamiento del régimen privado y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de indicarle sus condiciones pensionales como da cuenta el correspondiente formulario de afiliación, el cual se presume auténtico a la luz de lo preceptuado en los artículos 243 y 244 del C.G.P. y 54 A del Estatuto Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Impetró los medios exceptivos de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 16 de junio de 2022, resolvió:

“PRIMERO. DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó la demandante, Myriam Soraya Camelo Garzón, entre el RPM administrado por el ISS al RAIS administrado por Porvenir S.A., el 9 de abril de 1999.

SEGUNDO. CONDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, los valores generados por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la señora Myriam Soraya Camelo Garzón, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO. CONDENAR a Porvenir S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones los valores correspondientes a cuotas de administración y comisiones, que se dedujeron de la cuenta de ahorro individual de la demandante Myriam Soraya Camelo Garzón, durante la vigencia de su afiliación a ese fondo de pensiones, por lo considerado.

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

QUINTO. DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas en sus contestaciones.

SEXTO. COSTAS. Lo serán a cargo de Porvenir S.A. Tásense por Secretaría. Fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a un (01) SMLMV de conformidad con lo indicado en la parte motiva.

SÉPTIMO. Remítase el presente asunto ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. a fin de que surta el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, de conformidad con el artículo 69 CPTSS.”



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Argumentó en su alzada que no se tuvo en cuenta lo manifestado por la parte demandante en el interrogatorio de parte, dado que la misma realizó su traslado válidamente y libre de vicios del consentimiento, pues como ella misma lo sostuvo suscribió el formulario de afiliación aceptando las condiciones allí indicadas, más aún si dentro del Régimen de Ahorro Individual tuvo un traslado horizontal.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De otra parte, sostuvo que lo que se aprecia dentro del presente asunto es una negligencia por parte de la actora en el entendido que tan solo se preocupa de su futuro pensional cuando se encontraba próxima a pensionarse, encontrándose incluso inmersa dentro de la prohibición legal de que trata el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

En últimas, refirió que en atención de la carga probatoria en los términos del artículo 167 del C.G.P., era a la demandante a quien le correspondía demostrar el deber de información, en tanto, al momento de su traslado no le fue vulnerada alguna expectativa legítima de pensión.

PORVENIR S.A. encontró inconformidad en lo que atañe a la devolución de los gastos de administración, bajo el entendido que esos conceptos también se descuentan en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida en un porcentaje del 3% para gastos de administración, pensión de vejez y sobrevivencia; circunstancia por la cual, esas contingencias no pertenecen a la demandante en ninguno de los dos regímenes pensionales y tampoco se encuentran llamados a financiar la pensión de vejez.

Al unísono, alegó que la Superintendencia Financiera mediante concepto emitido el 15 de enero de 2020 manifestó de manera clara y concreta que los únicos dineros que deben retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida serían las cotizaciones y rendimientos en caso de prosperar la ineficacia del traslado, pues de salir abante tal aspecto se estaría incurriendo en un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES.

Asimismo, solicitó la declaratoria de prescripción sobre los gastos de administración, en la medida de que los mismos no están llamados a financiar la pensión de vejez.

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone



el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

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

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

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fueron aportados los formularios de afiliación que efectuara la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través PORVENIR S.A. el 9 de abril de 1999 y por intermedio de la SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. el 23 de julio de 2004 (Fls. 28 y 33 PDF 01 – ANEXOS, DEMANDA Y ACTA DE REPARTO y fl. 100 PDF 03 – CONTESTACIÓN PROTECCIÓN S.A.), formularios que si bien refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, la aquí demandante MYRIAM SORAYA CAMELO GARZÓN en el interrogatorio de parte a ella practicado no confesó situación alguna de que al momento del traslado que hiciera al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A. en el año 1999 se le hubiese brindado una asesoría ajustada a derecho, incluido tal aspecto sobre las implicaciones, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, entre otras situaciones de asesoría que entendiera de manera fehaciente la total información suministrada.

Por el contrario, lo que manifestó fue que el empleador de entonces fue quien le suministró el formulario de afiliación sin ni siquiera encontrarse allí un asesor de dicho fondo pensional, situación similar sucedida respecto del traslado horizontal realizado con la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., situaciones todas que evidentemente reflejan la falta de advertencia en lo que atañe incluso a las características propias del mismo Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como la cuenta de ahorro individual,



rendimientos financieros, aportes voluntarios, modalidades por vejez dentro del régimen privado y el derecho de retracto, entre otros aspectos; de allí que se pueda colegir la notoria falta de información por parte de PORVENIR S.A. por cuanto no se obtuvo confesión alguna de la debida asesoría al tenor de los preceptos emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, carga probatoria que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

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

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



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

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., primera AFP donde se vinculó el demandante, no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen del promotor.

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

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

“[...] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas



reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Así las cosas, es evidente que los gastos de administración deban indexarse, más aún cuando tal aspecto en manera alguna se compensa por los rendimientos; circunstancia por la cual, la sentencia de primera instancia habrá de adicionarse y modificarse.

SIN COSTAS en esta instancia.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR los numerales segundo, tercero y cuarto de la sentencia proferida el 16 de junio de 2022 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada PROTECCIÓN S.A., AFP donde la demandante se encuentra afiliada en la actualidad, a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a las sumas correspondientes a rendimientos y comisiones por administración debidamente indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, entendiendo esto, el periodo en el cual estuvo afiliada a POVENIR S.A.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTÓYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado