TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

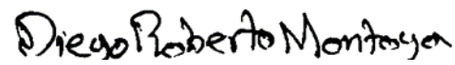
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JORGE ALEXANDER ARIZA BERNAL CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTIN (RAD. 02 2018 00449 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada VIVIANA MORENO ALVARADO como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA en su calidad de apoderada principal de la entidad, conforme poder visible a folio 8.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por COLPENSIONES (fl. 5 y 6) y por la Fundación Universitaria San Martín (fl. 10), el Magistrado Ponente, en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y por la Fundación Universitaria San Martín, contra la sentencia proferida por la Juez Segunda (2°) Laboral del Circuito de esta ciudad, el 28 de enero de 2022 (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, Art. 80 del C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, archivo 18, récord 48;01 expediente virtual), en la que resolvió:

> ***PRIMERO: DECLARAR*** *que entre el demandante JORGE ALEXANDER ARIZA BERNAL y la demanda FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN existieron 3 contratos de trabajo durante los siguientes periodos:*
>
> *Un contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 30 de septiembre de 2005 al 31 de marzo de 2015. Un segundo contrato a término fijo como docente por el periodo comprendido entre el 23 de julio al 30 de septiembre de 2015. Un tercer contrato a término fijo como docente por el periodo educativo comprendido entre el 1de octubre al 23 de diciembre de 2015.*
>
> ***SEGUNDO: SE CONDENARÁ*** *a la demandada FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTIN a pagar al demandante las siguientes sumas**:***
>
> *Por concepto de* ***CESANTÍAS:***
>
> *1. Para el año 2005 la suma de $489.110.*
> *2. Para el año 2006 la suma de $408.000.*
> *3. Para el año 2007 la suma de $489.110.*
> *4. Para el año 2008 la suma de $461.500.*
> *5. Para el año 2009 la suma de $496.000.*
> *6. Para el año 2010 la suma de $515.000.*
> *7. Para el año 2011 la suma de $950.000.*
> *8. Para el año 2012 la suma de $566.700.*
> *9. Para el año 2013 la suma de $1.500.000.*
> *10. Para el año 2014 la suma de $616.000.*
> *11. Para el año 2015 la suma de $152.138.*
>
> *Esto respecto al primer vínculo.*
>
> *En cuanto a los* ***INTERESES A LAS CESANTÍAS,*** *del primer vínculo:*
>
> *1. Para el año 2013 la suma de $122.512*
>
> *2. Para el año 2014 la suma de $73.920.*
>
> *3. Para el año 2015 la suma de $35.921.*
>
> *En cuanto la* ***PRIMA DE SERVICIOS***
>
> 1. *Para el año 2013 la suma de $1.237.500.*
> 2. *Para el año 2014 la suma de $616.000.*
> 3. *Para el año 2015 la suma de $152.138.*
>
> *Y las* ***VACACIONES PROPORCIONALES AÑO 2015*** *valor de $76.069 pesos.*

> *Respecto al Segundo Contrato, las cesantías: $241.161; Intereses a las Cesantías: $6.672.; Prima de Servicios por valor de $241.161; Vacaciones: por valor de $120.580.*
>
> *En cuanto al tercer contrato las cesantías por valor de $311.062; Intereses a las Cesantías: $8.606; prima de Servicios por valor de $311.062. y vacaciones: $155.531.*
>
> *Igualmente, se **CONDENARÁ** a la demandada al pago de la indemnización por despido sin justa causa que ascendería a la suma de $5.322.195.*
>
> ***TERCERO: SE CONDENARÁ** a la demandada FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTIN a efectuar el cálculo actuarial por los aportes no cancelados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, por el periodo entre el 30 de septiembre de 2005 al 31 de marzo de 2015, conforme los salarios aquí decretados en la proporción que por ley corresponde al empleador.*
>
> ***CUARTO: SE ABSOLVERÁ** a la demandada FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTIN, de las restantes pretensiones incoadas en su contra.*
>
> ***QUINTO: SE ABSOLVERÁ** a COLPENSIONES, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.*
>
> ***SEXTO: SE DECLARARÁ PARCIALMENTE PROBADA** la excepción de prescripción en los términos expuestos en la parte motiva de la sentencia y **NO PROBADAS** las restantes excepciones formuladas por la demanda FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN y se **DECLARARÁ PROBADA** la excepción de imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas formulada por la demandada COLPENSIONES.*
>
> ***SÉPTIMO: SE CONDENARÁ** en costas a la parte demandada FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias enderecho la suma equivalente a 1 SMLMV, para dicha anualidad. Igualmente, **NO SE CONDENARÁ** en costas respecto de la demandada COLPENSIONES.*
>
> ***OCTAVO:** En caso de no ser apelada, CONSÚLTESE con el superior."*

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló en relación con la prescripción. Señaló que el vínculo reconocido terminó en el año 2015 y la demanda se presentó dentro de los tres años siguientes y como se entiende un solo contrato indefinido, a su juicio no operó la prescripción.

En relación con la indemnización moratoria, consideró que efectivamente se presentó un ocultamiento de la relación laboral y al negarse a pagar las acreencias laborales incluso en la audiencia de conciliación, quedó en evidencia la mala fe de la Fundación demandada[1] (Audiencia virtual de trámite

[1] *"**Apoderado demandante (52:43):** Si su señoría, me permito interpongo recurso de apelación contra la sentencia, específicamente sobre el tema de la prescripción reconocida en favor de*

y juzgamiento, Art. 80 del C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, archivo 18, récord 52:43 expediente virtual).

A su turno, el apoderado de la Fundación Universitaria San Martín apeló la decisión de primer grado en relación con la excepción de prescripción que se declaró parcialmente probada respecto de las prestaciones causadas con anterioridad a marzo de 2013, en atención a que no se dio aplicación a lo dispuesto en el artículo 94 del Código General del Proceso, conforme lo ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, esto por cuanto el auto admisorio de la demanda no fue notificado dentro del año siguiente a su expedición, lo que a su juicio impone cobijar con la prescripción todas las condenas que se impusieron a la demandada excepto los aportes a pensión.

En relación con la indemnización moratoria estimó, en el hipotético que el Superior estime su procedencia, tampoco hay lugar a un día de salario por cada día de mora, en tanto la demanda se presentó con posterioridad a os 24 meses del último extremo contractual y en consecuencia procederían únicamente los intereses de mora contemplados en el artículo 65 CST[2]

---

la parte demandada y la negación de la indemnización moratoria, en los siguientes términos, su señoría. Considero que el vínculo reconocido inicial, se reconoció un vínculo inicial a término indefinido el mismo termina en el año 2015, y se presentan la demanda dentro de los 3 años siguientes, como se entiende a un solo vínculo a contrato indefinido no aplica la prescripción, en la medida que la demanda se presentó a tiempo, en término frente a ese primer vínculo reconocido por el despacho, por lo tanto, respetuosamente consideró que no procede la prescripción de ningún derecho prestacional y salarial.

En cuanto a la indemnización moratoria, consideró que efectivamente como lo dijo su señoría, se demuestra la existencia de un ocultamiento de la relación laboral a través del contrato de prestación de servicios, y sucesivas comunicaciones solicitando cumplimiento de aspectos eminentemente laborales durante este periodo grande de tiempo importante.

Por otro lado, aclaró que si la entidad demandada hubiera, se hubiera allanado a cumplir el pago al menos de las acreencias laborales, incluso parcialmente prescritas, incluso sin el pago de despido sin justa causa se hubiera hecho la consignación correspondiente con orden a los juzgados, o alguna autoridad correspondiente, incluso en la presentación de este proceso en la audiencia de conciliación, pero no fue así en ningún momento, por lo tanto, se demuestra la mala fe de la entidad demandada en el pago de estas acreencias laborales, incluso porque nunca fue tenido en cuenta en los aspectos de liquidación, del cálculo de las liquidaciones, ni de las sumas adeudadas, ni lo presentado ante el ministerio de educación como deudas ante estos trabajadores, realmente se demuestra en ese sentido la mala fe"

[2] *"**Apoderado FUNDACIÓN SM (55:05):** Muchas gracias señora juez, en este estado de la diligencia me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por*

este despacho, principalmente en cuanto a la excepción de prescripción, debido a que si bien el juzgado la declaró parcialmente probada indicando que se encontraban afectadas por este concepto las obligaciones causadas con anterioridad al mes de marzo de 2013, considera que este defensor que el despacho desconoció y no dio aplicación al artículo 94 del código general del proceso que ya ha sido traído a colación y aceptado por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de la sala laboral, en sentencia SL 40549 del 2012, SL 1533 del 2018, SL 1068 del 2021, y SL 5159 del 2020, esto por cuanto el auto admisorio de la demandada no fue notificado dentro del año siguiente a su expedición, para lo cual y sobre lo cual argumentó mi siguiente apelación, frente a lo cual se debe dar la prescripción de todas y cada una de las condenas que fueron impuestas a mi representada con excepción a los aportes a pensión, es lo siguiente:

Primero, se establece como último extremo contractual como el vínculo laboral el 23 de diciembre de 2015, la reclamación que indica el despacho fue presentada el 7 de julio de 2017, por lo cual se entiende que la contraparte tenía hasta el 7 de julio de 2020 para presentar la demanda, la presentación de la demandada se dio el 19 de julio de 2018, el auto admisorio de la demanda se dio el 20 de septiembre de 2018, publicado en estado 126 del 21 de septiembre de 2018, tal y como consta dentro del expediente la parte demandante tan solo hasta el 21 de septiembre de 2019, es decir, más de un año a la admisión del auto admisorio notificó, perdón, no el 21 de septiembre de 2019, sino el 17 de octubre de 2019, tal y como consta en los soportes de correspondencia hizo la notificación del 291 y posteriormente tan solo hasta el 22 de enero de 2020, envió la comunicación por aviso del artículo 29 del código procesal del trabajo y la contestación de la demanda por lo cual mi representada se entendió notificada por conducta concluyente se dio el 27 de noviembre de 2020, y porque traigo a colación el artículo 94 del CGP y las sentencias a las cuales hago alusión, porque tal y como lo señala el artículo 94, cuando el auto admisorio de la demanda no se notifica dentro del año siguiente a su expedición, esto es, o desde su publicación, esto es desde el 21 de septiembre de 2018, al 21 de septiembre de 2019, pierden completamente efecto la interrupción de la prescripción con la cual se dio la presentación de la demanda, y es en este aspecto la Corte Suprema de Justicia sala laboral en las 4 sentencias a las que hice alusión, entra a analizar cuando aplica esta, cuando aplica la directriz del artículo 94, y cuando no, pues ha dicho que esto no aplica de manera automática sino únicamente cuando las situaciones que dieron origen al auto admisorio no se notificará dentro del año siguiente se dan por situaciones atribuibles a la parte demandante, lo cual, queda completamente demostrado dentro de este proceso, debido a que tan solo la primera comunicación del auto admisorio de la demanda se dio el 17 de octubre del año 2019, y posteriormente el artículo 29; la notificación por aviso el 22 de enero de 2020, por lo cual, los efectos de la interrupción de la prescripción con la presentación de la demanda que se había dado para el 19 de julio de 2018, perdieron completamente efecto, y quedaba el término de prescripción señalado desde la presentación de la reclamación, que sería desde el 7 de julio de 2017.

Con lo cual, los términos prescriptivos tenía fecha límite hasta el 7 de julio del 2020, si bien uno podría entrar a analizar que el 16 de marzo de 2020 y el 30 de junio de dicha anualidad, existió una suspensión de términos, en razón a la situación o contingencia presentada por la pandemia, y con lo dispuesto en el decreto 806 de 2020, aun así si uno corriera el término de 3 meses y 15 días, lo cierto es que para el momento que mi representada es notificada y contesta la demandada ya había transcurrido esos 3 años, aun contando o corriendo ese término, esa suspensión de términos que se dio para el año 2020. Con lo cual, es claro que tiene que aplicar lo dispuesto en el artículo 94 del código procesal, del código general del proceso, en razón a las sentencias ya señaladas por la Corte Suprema de Justicia sala laboral y por lo que todas y cada una de las condenas que fueron señaladas por este despacho deberían revocarse en su totalidad, teniendo en cuenta que todas y cada una de las pretensiones de la demanda se encontraron afectadas por el fenómeno prescriptivo, en razón a la excepción de fondo o mérito presentada en el escrito de la contestación de la demanda con excepción ya

(Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, Art. 80 del C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, archivo 18, récord 55:05 expediente virtual).

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante JORGE ALEXANDER ARIZA BERNAL en este ordinario, las pretensiones relacionadas en el libelo (páginas 3 a 5, archivo 01, expediente digital), las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos (págs. 5 y 6, ibíd.), encaminadas a que se declare entre el actor y la Fundación Universitaria San Martín existió un contrato de trabajo entre el 30 de septiembre de 2005 y el 23 de diciembre de 2015, se condene a esa demandada a pagar la indemnización por despido injusto, indemnización por falta de pago, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones causadas durante la vigencia del contrato, al pago del cálculo actuarial correspondiente a los aportes a pensión dejados de cotizar a su favor, lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Obtuvo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones por cuanto encontró acreditado que entre las partes en realidad se verificaron tres contratos de trabajo; el primero a término indefinido entre el 30 de septiembre de 2005 y el 31 de marzo de 2015, el segundo a término fijo entre el 23 de julio de 2015 y el 30 de septiembre de la misma anualidad y un tercer contrato a término fijo entre el 1 de octubre y el 23 de diciembre de 2015. Declaró parcialmente probada la excepción de prescripción respecto a los

---

como lo indique al inicio, de lo que sería el reajuste o la condena al pago de aportes a pensión, que como es bien sabido, no se encuentra afectada por el fenómeno prescriptivo.

Ahora bien, en el hipotético caso que el Tribunal no aceptará este recurso y esta consideración, y por, y en contrario a ello, se diera aplicación a la sanción del artículo 65 solicitado por el apoderado de la contraparte, se debe indicar que tampoco da lugar a un día de salario por cada día de mora, teniendo en cuenta que la demanda se presentó con posterioridad a más de 24 meses del último extremo contractual, razón por la cual tampoco procedería dicha sanción, únicamente serían los intereses de mora establecidos en el artículo 65 tal y como lo ha señalado a vieja data la misma Corte Suprema de Justicia.

En este sentido dejo plasmado mi recurso de apelación, solicitando que se revoque parcialmente las condenas impuestas en lo que se refiere a las prestaciones sociales, indemnización por despido sin justa causa, vacaciones y todo aquello que se encuentre afectado por el fenómeno de prescripción muchas gracias señora juez."

derechos causados con anterioridad al 31 de marzo de 2013, a excepción del auxilio de cesantías que se hace exigible al término de la relación laboral, las vacaciones del año 2012 y los aportes a seguridad social en pensiones, que son imprescriptibles. Frente a las prestaciones del segundo y tercer contrato consideró que no operó el fenómeno extintivo. Determinó la procedencia de la indemnización por despido injustificado, respecto al primer contrato, en tanto la demandada no acreditó la ocurrencia de una justa causa para el despido.

Frente a la indemnización moratoria reclamada, estimó que aunque se evidencia un actuar de mala fe, con la suscripción de contratos de prestación de servicios pese a la existencia de una verdadera relación de trabajo, a su juicio, si se presentó una circunstancia que le impidió a la institución universitaria a 31 de marzo de 2015, pagar las prestaciones debidas a la terminación del vínculo laboral, como son los institutos de salvamento ordenados mediante la resolución 01702 del 10 de febrero de 2015 proferida por el Ministerio de Educación para la protección temporal de los bienes y recursos de la FUSM, en el marco de la vigilancia especial que le fue impuesta, por virtud del que se dispuso la suspensión del pago de las obligaciones de la entidad causadas hasta la fecha de dicha resolución, por lo que no estimó la improcedencia de imponer la sanción reclamada.

Encontró acreditado que la FUSM pagó los aportes a pensión a favor del actor en el porcentaje que le correspondía; No así respecto al primer contrato, frente a l que condenó a la FUSM a pagar los aportes a pensión en el porcentaje que por ley le corresponde al empleador entre el 30 de junio de 2005 y el 31 de marzo de 2015, previo cálculo actuarial efectuado por COLPENSIONES. Aclaró al demandante que debe concurrir en la proporción que le corresponde al trabajador.

Pues bien, en autos no son objeto de discusión las conclusiones de la juez de primer grado, relativas a la existencia de tres contratos de trabajo entre las partes, así:

1. Del 30 de septiembre de 2005 al 31 de marzo de 2015 a término indefinido

2. Del 23 de julio de 2015 al 30 de septiembre de la misma anualidad, a término fijo
3. Del 1° de octubre al 23 de diciembre de 2015, a término fijo.

Tampoco hubo discusión frente a la modalidad contractual de cada contrato, ni en relación con el salario devengado por el demandante en cada uno de ellos.

Así las cosas, se abordará el estudio de los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la parte demandante y de la institución universitaria, en los puntos concretos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia *(artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.),* pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia *(tantum devolutum quantum apellatum).*

Bajo la premisa anterior, se tiene que el primer problema jurídico en esta instancia se circunscribe en determinar la data desde la cual operó el fenómeno extintivo de la prescripción, como quiera que la vinculación terminó en el año 2015 y la demanda se presentó dentro de los tres años siguientes. A su turno, el apoderado de la demandada FUSM, reclama la aplicación de lo dispuesto en el artículo 94 del Código General del Proceso y por cuanto el auto admisorio de la demanda no le fue notificado dentro del año siguiente a su expedición, los derechos que reclamó el demandante se encuentran prescritos, a excepción de los aportes a pensión.

En esa dirección, frente a la excepción de prescripción[3], conviene memorar, en materia laboral el término trienal para la operancia del fenómeno de la prescripción se encuentra consagrado en los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.L. y S.S., el cual se debe contabilizar desde el momento en que los derechos reclamados son exigibles, puede ser interrumpido por una sola vez por un lapso igual mediante la reclamación presentada por el trabajador. En

[3] Propuesta en oportunidad por la encartada desde la contestación de la demanda (archivo 04. Contestación demanda FUSM.pdf fol. 14) la cual se admitió por el juzgado mediante auto de 2 de septiembre de 2021 (archivo 06Auto Contesta – fija fecha.pdf).

los anteriores términos, es claro que una vez presentada la reclamación se interrumpe el término para la operatividad del fenómeno prescriptivo.

Bajo los parámetros referidos, en el caso de marras, se advierte, no es objeto de controversia en esta instancia la fecha finalización de cada uno de los vínculos de los cuales surgen los derechos reclamados en la demanda, no obstante se tiene que la Juez de primer grado para la contabilización del fenómeno prescriptivo tuvo en cuenta la fecha de finalización del último contrato de trabajo; Sin embargo, como el apoderado de la demandada FUSM reparó en que la juzgadora de conocimiento no dio aplicación a la regla contenida en el artículo 94 C.G.P., en primer lugar procede la Sala al análisis del argumento de censura fulminado por la convocada Fundación Universitaria San Martín.

En este aspecto esta sala se remite a lo dispuesto en el artículo 94 del CGP, aplicable a esta jurisdicción por remisión del artículo 145 del CPT y de la SS, que dispone como regla general que, el término de prescripción se interrumpe con la presentación de la demanda, siempre y cuando el auto admisorio se notifique al demandado dentro del año siguiente a la notificación de dicha providencia al demandante. Pasado ese lapso, los efectos sólo se producirán con la data de notificación al accionado.

Sin embargo, frente a ese tópico ha de recordarse lo expuesto por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su sala de Casación Laboral, entre otras, en la SL 1533 del 2 de mayo del 2018, radicación No. 60514, en la cual se señaló:

> *"(…) se recuerda que esta Corporación, frente al tema propuesto en los cargos, ha sostenido que, entre la presentación de una demanda y su notificación, pueden presentare ciertas circunstancias que no son imputables al demandante y, en consecuencia, no pueden perjudicarle. De allí, que se admitan excepciones a lo dispuesto en el artículo 90 del CPC, y se ha aceptado que la sola presentación de la demanda interrumpe la prescripción, no obstante que la notificación del auto admisorio de la demanda no se efectuó oportunamente, ya sea, por negligencia del juzgado o por la elusión de la demandada.*

(…)

Además, se precisa, que aun cuando es cierto que todo proceso se debe adelantar de manera diligente y oportuna, para realizar la finalidad de pronta y cumplida justicia, ejerciendo el Juez los poderes de dirección, así como el de velar por su rápida solución, adoptar las medidas para impedir su paralización, a través de lo que se ha llamado «oficiosidad laboral», teniendo además por presente, que es regla del derecho laboral la gratuidad de los actos procedimentales, tal como lo dispone el artículo 39 del CPTSS, no lo es menos, que a las partes les compete asumir ciertas cargas procesales, en atención a que sus resultados pueden beneficiarlos, o su olvido, los pueden perjudicar.

Entre esas cargas, se encuentra la relativa al trabamiento de la relación jurídico procesal, que se constituye como el acto procesal necesario para garantizar el derecho de defensa y contradicción, de quien es llamado al proceso. De allí, que el beneficio dispuesto en el artículo 90 del CPC, estuviera supeditado a la notificación del auto admisorio de la demanda, dentro del año siguiente a la notificación al demandante del mismo. Así, si no ocurre esa situación, esa prerrogativa se perdería, generando, como consecuencia, la prescripción de la acción."

Entonces acorde con lo anterior, en el caso en estudio se tiene que la demanda fue admitida el 20 de septiembre de 2018, auto que fue notificado al demandante por anotación en estado del 21 de septiembre del mismo año[4], providencia en la que además se ordenó notificar a las demandadas COLPENSIONES y Fundación Universitaria San Martín. La diligencia de notificación a COLPENSIONES fue adelantada por el juzgado el 13 de diciembre de 2018[5], entidad que compareció al proceso contestando la demanda el 18 de enero de 2019.

Ahora, frente al trámite de notificación a la otra convocada, el 1° de noviembre de 2019, el apoderado del demandante aportó constancia del trámite del citatorio de que trata el artículo 291 C.G.P. [6] y el 18 de febrero de 2020 aportó constancias del trámite del aviso judicial del artículo 292 ejusdem con destino a la FUSM[7]; posteriormente, el 10 de noviembre de 2020, ya en vigencia del Decreto 806 de 2020, el apoderado del demandante intentó una vez más la

[4] Expediente digital, archivo 01.Expediente Digitalizado.pdf, página 84.
[5] Expediente digital, archivo 01.Expediente Digitalizado.pdf, página 85.
[6] Expediente digital, archivo 01.Expediente Digitalizado.pdf, páginas 108 a 111.
[7] Expediente digital, archivo 01.Expediente Digitalizado.pdf, páginas120 a 124.

notificación de la universidad, remitiendo escrito de demanda, con sus anexos, aviso de notificación y auto admisorio de la demanda a varios correos electrónicos de la convocada[8] tras lo cual, la FUSM contestó la demanda el 27 de noviembre de 2020[9]

Entonces del recuento procesal relacionado, esta instancia advierte que habiéndose admitido la demanda el 20 de septiembre de 2018, la parte demandante acreditó el inicio de las diligencias tendientes a la notificación de la Fundación Universitaria San Martín, solo hasta el 1° de noviembre de 2019 cuando aportó ante el juzgado las constancias de haber tramitado el citatorio del artículo 291 C.G.P., que fue radicado en las instalaciones de esa demandada el 11 de octubre de 2019, es decir, cuando ya había transcurrido un año desde la admisión de la demanda. En el mismo sentido se evidencia, que en el decurso del proceso no se presentó ninguna particularidad que hubiera impedido a la parte demandante cumplir oportunamente con el trámite de notificación a la FUSM, siendo su absoluta responsabilidad el no haberse tenido por notificada a esa demandada dentro del término establecido en el art. 94 del CGP

Así las cosas, le asiste razón al apoderado de la Fundación Universitaria San Martín en relación con su inconformidad, como quiera que la juez a quo no hizo ningún análisis en este sentido y además, porque gracias a la tardía labor de notificación desplegada por la parte demandante, quien sin justificación alguna pasó por alto cumplir con sus cargas procesales de forma oportuna, el auto admisorio de la demanda no fue notificado en oportunidad.

Ahora, el artículo 94 C.G.P. establece también que en caso de no haberse notificado el auto admisorio dentro del año siguiente a la notificación de la providencia al demandante, solo se interrumpe la prescripción con la notificación al demandado. En ese orden, si la diligencia de notificación a la institución universitaria se surtió el 10 de noviembre de 2020, en armonía con

[8] Expediente digital, archivo 03.ConstanciaNotificaciónDEC806 2020.pdf.
[9] Expediente digital, archivo 04.Contestacion Demanda FUSM.pdf

el artículo 8° del Decreto 806 de 2020, se tuvo por notificada a la FUSM el 13 de noviembre de 2020, se encuentran cobijados por la prescripción todos los derechos causados con anterioridad al 13 de noviembre de 2017 y como quiera que ningún derecho se causó a favor del demandante luego de dicha data, es claro que todos los derechos económicos reclamados en la demanda, a excepción de los aportes a seguridad social en pensiones, se encuentran prescritos. Es más, aun teniendo en cuenta la suspensión del término prescriptivo que dispuso el Decreto No. 491 de 2020 en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarada con motivo de la pandemia del covid – 19, los derechos aquí reclamados, se encuentran cobijados por el término extintivo.

Como corolario de lo anterior, se revocará parcialmente el ordinal sexto de la parte resolutiva de la sentencia de primer grado y se declarará probada la excepción de prescripción, conforme lo analizado en precedencia. Igualmente se revocarán las condenas impuestas en el ordinal segundo de la parte resolutiva de la sentencia, para en su lugar absolver de todas ellas a la demandada Fundación Universitaria San Martín. Así se resolverá.

Finalmente, en lo que atañe a la indemnización del artículo 65 del C.S.T., por falta de pago oportuno de prestaciones sociales, sentado está por la jurisprudencia, que la indemnización moratoria no procede de manera automática, sino que ha de analizarse la buena o mala fe con la que actuó el empleador[10], examinando la situación específica del mismo en cada caso; de

---

[10] *"...Esta Sala de la Corte, desentrañando el sentido de la norma transcrita y buscando evitar injusticias en su aplicación automática, ha dicho en multitud de ocasiones: "El entendimiento del artículo 65 del C. S. del T. conlleva a la luz de la jurisprudencia, la apreciación de los elementos subjetivos de mala fe o buena fe para la aplicación de la norma. La sanción por ella consagrada no opera de plano sobre los casos de supuestas prestaciones sociales no satisfechas por el patrono, ya que tal indiscriminada imposición de la pena pecuniaria es una aberración; contraría las normas del derecho que proponen el castigo como correctivo de la temeridad, como recíproco del ánimo doloso" (Sent. del 9 de abril de l.959, G. J. T. XC, p. 423, reproducida, entre muchas otras, en las del 20 de mayo de l.963 y el 20 de julio de 1.968).*

Con respecto a la prueba de los elementos subjetivos aludidos, también como desarrollo jurisprudencial de esta Corporación, se ha dicho que el empleador sólo se libera de la

tal manera, en el sub judice, la demandada debió pagar las acreencias laborales del actor a la fecha de terminación del contrato de trabajo.

Pues bien, en el caso de marras se declaró la existencia de varios contratos de trabajo, sin que se evidencie el pago de las prestaciones sociales correspondientes a la terminación de cada uno, razón por la cual de forma preliminar, debe señalarse la procedencia de la condena por indemnización moratoria, pues no se evidencia una justificación atendible para la omisión del pago oportuno de las mismas, las cuales derivan de la existencia del vínculo laboral.

Sin embargo, es oportuno recordar, que conforme la Resolución 01702 de 10 de febrero de 2015 *"…el Ministerio considera que frente a la situación particular de la Fundación Universitaria San Martin y la cantidad de alumnos y familias afectadas con la grave interrupción del servicio educativo y la afectación de sus condiciones de calidad, es procedente aplicar temporalmente los institutos de salvamento establecidos en el artículo 14 de la ley 1740 de 2014…"* y en esa medida, a juicio de esta Sala de decisión, es claro que la omisión de pago a partir de la fecha de expedición de la resolución en comento, no derivó de una o buena o mala fe, sino de la imposibilidad de disposición de recursos, en aras de ejecutar la implementación de las medidas de salvamento dispuestas por el Ministerio de Educación, por lo que, a partir de la expedición de dicha resolución sí surgió una justificación legal que impidió el pago, derivada de las implicaciones sociales que surgen de la situación de la Fundación Universitaria san Martin, circunstancia que ubica entonces a la demandada en el terreno de la buena fe, pero se itera solo a partir de la expedición de la resolución en comento, esto es **10 de febrero de 2015**.

---

indemnización a que alude la disposición en cita, demostrando que su actitud reticente obedeció a motivos valederos que evidencian sin lugar a dudas su buena fe." (Sentencia de junio 13/91 Extractos de Jurisprudencia Tomo 6, 2o. trimestre 1.991).

En esa medida, como quiera que los tres contratos de trabajo cuya existencia entre las partes declaró la juez a quo, terminaron con posterioridad a la fecha de expedición de la resolución Resolución 01702 de 10 de febrero de 2015, expedida por el Ministerio de Educación Nacional, se confirmará la decisión absolutoria impartida por la juez a quo. Aclarando que ante este panorama, se hace innecesario analizar los argumentos de apoderado de la FUSM relativos a la procedencia de los intereses moratorios, ante la presentación de la demanda con posterioridad a los 24 meses del último extremo contractual.

Agotada como se encuentra esta instancia por el estudio de los motivos objeto de apelación, conforme las motivaciones precedentes se modificará parcialmente la sentencia para precisar la fecha hasta la cual irá la condena por sanción moratoria y se determinarán los periodos y salarios sobre los cuales deben pagarse los aportes a pensión a favor del promotor del juicio, confirmando en lo demás la sentencia apelada.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

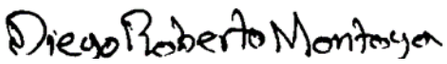
PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal SEXTO de la parte resolutiva de la sentencia proferida por el Juzgado 2° Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **DECLARAR TOTALMENTE PROBADA** la excepción de **PRESCRIPCION**, conforme lo analizado en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: REVOCAR en su integridad el ordinal SEGUNDO de la parte resolutiva de la sentencia apelada y en su lugar ABSOLVER a la demandada FUNDACION UNIVERSITARIA SAN MARTÍN del pago de sumas por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y vacaciones, conforme lo analizado en precedencia.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por la Juez 2° Laboral del Circuito de Bogotá.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR YADIRA DEL SOCORRO MENDOZA RAMOS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y PORVENIR S.A. (RAD. 02 2019 00861 01)

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A (fls. 3 a 10), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez 2° Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 7 de abril de 2022 *(Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 38:46 Archivo "15. PROCESO 2019-861 ART 77 Y 80 CPT-SS_20220407_152906.mp4", expediente digital),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado que realizó la señora YADIRA DEL SOCORRO MENDOZA RAMOS identificada con cédula de ciudadanía No 45.461.737, a la AFP PENSIONES Y CESANTÍAS COLPATRIA hoy la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, el 11 abril de 1995, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.*
>
> ***SEGUNDO: SE CONDENARÁ** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A., a devolver dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la parte actora la señora YADIRA DEL SOCORRO MENDOZA RAMOS, tales como cotizaciones,*

bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses esto es, con los rendimientos financieros que se hubieran causado y los gastos de administración, sin lugar a descuento alguno.

***TERCERO: SE ORDENARÁ** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación efectuada por la demandante el 1 de febrero de 1985, situación que deberá incluir en sus bases de información e historia laboral.*

***CUARTO: SE ABSOLVERÁ** a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORADE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A, de la condena a perjuicios morales requerida por la parte demandante.*

***QUINTO: SE DECLARARÁ NO PROBADAS** las excepciones propuestas por las demandadas.*

***SEXTO: SE CONDENARÁ** en costas a la parte accionada PORVENIR S.A., dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a 1 salario mínimo legal mensual vigente.*

***SÉPTIMO:** Si no fuere apelado la presente decisión, **CONSÚLTESE** con el Superior.”*

Inconforme con la decisión los apoderados judiciales de las demandadas PORVENIR y COLPENSIONES la apelaron.

Así, en primer lugar, PORVENIR, indicó no encontrarse de acuerdo con la decisión proferida al declarar la ineficacia del traslado, ni los efectos jurídicos, en sustento de ello, manifestó que el formulario de afiliación es un requisito de la existencia y validez del contrato de afiliación, pues según se establece la suscripción de dicho documento, da a entender la aceptación de todas las condiciones de régimen pensional al cual pertenece, en este sentido, al presumirse autentico en los términos del artículo 243 del Código General del Proceso, se acredita el cumplimiento de todas las obligaciones a cargo de PORVENIR, como lo es el deber de información.

Resalta, que para el momento del traslado la AFP no tenía la obligación de una prueba diferente, con la cual se evidenciara la información que se le brindó al momento de la afiliación. Señala, la ley expone que la afiliación quedará sin efecto cuando medien actos atentatorios contra el derecho de afiliación del sistema general de seguridad social o que impidan dicho derecho, es decir, se refiere dicha ineficacia a situaciones dolosas las cuales no se lograron acreditar en el curso del proceso en primera instancia respecto de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, por el contrario se encuentra acreditado que PORVENIR cumplió con el deber de información conforme con la normativa vigente al momento de la afiliación de la demandante.

Por otro lado, frente a los gastos de administración solicitó no se confirme en este aspecto la sentencia, toda vez que no existe norma que disponga la devolución de los mismos; afirma que de forma clara y sin lugar a interpretaciones diferentes, el artículo 113, literal b de la ley 100 de 1993, menciona cuales son los dineros que se deben trasladar cuando exista el cambio del régimen, en este caso debería ser solo el saldo de la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos generados, lo cual evidencia que no están destinados a financiar la prestación de la afiliada, y por ende no pertenecen a ella sino al fondo privado como contraprestación de la acción que adelantó para incrementar su capital existente en la cuenta de ahorro individual.

Adiciona, haber sido desconocido lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 20 de la ley 100 de 1993, toda vez que si la demandante hubiera permanecido afiliada al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, se hubieran generado descuentos de la cotizacion para financiar gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivientes, por lo cual no forman parte integral de la pensión de vejez por lo que debe tenerse como prescritos los gastos de administración, por cuanto se generaron hace tiempo.[1] *(Audiencia virtual*

---

[1] *"**Apoderado PORVENIR (40:45):** Muchísimas gracias su señoría, su señoría me permito formular recurso de apelación en contra de la (inaudible), que acaba de ser proferida por el a quo con base en los siguientes argumentos.*

Bueno honorable Tribunal Superior de Bogotá, no comparte mi representada la AFP PORVENIR la decisión proferida por el a quo, declarar la ineficacia del traslado, ni se comparte los efectos jurídicos que se le dio a esta ineficacia. En primer lugar, según lo establecido en el artículo 12 del decreto 6912 de 1994, el formulario de afiliación es un requisito de la existencia y validez del contrato de afiliación, pues según se establece la suscripción del formulario da a entender la aceptación de todas las condiciones de régimen pensional al cual pertenece, en este sentido al ser un documento que se presume autentico en los términos del artículo 243 del Código general del proceso, se acredita el cumplimiento de todas las obligaciones a cargo de PORVENIR, como lo es el deber de información, es pertinente resaltar que para el momento de la afiliación, mi representada solo tenía la obligación de conservar este documento y no prueba diferente que diera cuenta de la información que se le brindó al momento de la afiliación, en ese sentido del artículo 271 de la ley 100 de 1993, señala que la afiliación quedará sin efecto cuando medien actos atentatorios contra el derecho de afiliación del sistema general de seguridad social o que impidan dicho derecho, es decir, se refiere dicha ineficacia a situaciones dolosas las cuales no se lograron acreditar en el curso del proceso en primera instancia respecto de la afiliación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, por el contrario se encuentra acreditada que mi representada cumplió con el deber de información conforme con la normativa vigente al momento de la afiliación del demandante.

En caso de que el Honorable Tribunal decida confirmar la sentencia respecto a la declaratoria de ineficacia del trasladó, se le ruega por favor no confirme la decisión respecto del traslado de los gastos de administración, en la medida que no existe norma que disponga tal devolución, pues en forma clara y sin lugar a interpretaciones diferentes, el artículo 113, literal b de la ley 100 de 1993, menciona cuales son los dineros que se deben trasladar cuando exista el cambio del régimen, en este caso debería ser solo el saldo de la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos generados, lo cual evidencia que no están destinados a financiar la prestación de la afiliada, y por ende no pertenecen a ella sino al fondo privado como contraprestación de la acción que adelantó para incrementar su capital existente en la cuenta de ahorro individual.

Adicionalmente, desconoce lo dispuesto en el artículo 2 de, perdón, el inciso 2 del artículo 20 de la ley 100 de 1993, puesto que en caso de que la demandante hubiera permaneció afiliada al régimen de prima media

realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 40:45 Archivo "15. PROCESO 2019-861 ART 77 Y 80 CPT-SS_20220407_152906.mp4", expediente digital)

A su turno, COLPENSIONES solicitó sea revocada la decisión, advirtiendo una indebida valoración probatoria, toda vez que, dentro del proceso, la demandante confesó que el asesor de la AFP le brindó una asesoría precontractual antes de protocolizar el traslado de régimen pensional, prueba que también se ve acreditado con el formulario de afiliación el cual genera efectos jurídicos para las partes. Señala, que la confesión es un medio de prueba, por lo cual, afirma que la demandante es la única persona que puede acreditar la asesoría brindada por la AFP de manera verbal y la misma puede parcializar la información con el fin de buscar una ventaja dentro del proceso.

Añade, la actora demostró que le fue brindada una asesoría precontractual, indicando el conocimiento sobre los requisitos del traslado de régimen pensional, del bono pensional, además, informó que durante la charla realizada por PORVENIR, esa asesoría precontractual se le informó la forma en la que se le iban a financiar los recursos, justamente esa es la información que se le debe brindar a la hora de realizar un traslado, toda vez que, en su sentir ventajas y desventajas de los regímenes pensionales no existen, ya que tal afirmación indicaría que el legislador al momento de regular dichos regímenes habría quebrantado el principio de igualdad.

De otro lado, respecto a los actos de relacionamiento, consideró no haberse tenido en cuenta que la demandante perfeccionó el traslado, y saneó cualquier tipo de vicio por falta de información al acercarse tanto a COLPENSIONES como a PORVENIR, demostrando que tenía conocimiento que la administradora del régimen de prima media no desapareció. Además, frente a la AFP PORVENIR solicitó información sobre sobre el reconocimiento pensional, por lo cual manifestó, que le fue informado que iba a recibir un salario mínimo; por lo que advierte, que

---

administrado por COLPENSIONES, estos hubieran generado descuentos de la cotizacion para financiar gastos de administración y la pensión de invalidez y sobrevivientes, por lo cual no forman parte integral de la pensión de vejez y al tener en cuenta que no forman parte de la financiación de la pensión de vejez, no puede tenerse como imprescriptibles, sino que al contrario están plenamente prescritos los gastos de administración, por cuanto se generaron hace muchísimo tiempo.

Con estos argumentos dejo sentando, dejo argumentado el recurso de apelación su señoría."

es la motivación por la cual solicitó la ineficacia del traslado, resaltando la actora ya se encontraba inmersa en la prohibición legal para efectuar el traslado.

Conforme lo anterior, menciona no haberse tenido en cuenta como prueba en conjunto los indicios dentro del proceso, indica haber existido una asesoría precontractual, una confesión en el sentido que efectivamente esa información fue suministrada de manera verbal, reiterando la demandante puede parcializar sus dichos manifestando que no se le brindó cierta información, no obstante indica la AFP buscó garantizar una asesoría hacia la actora, con el fin de quitar cualquier tipo de vicio en el consentimiento y llevarla a hacer un traslado libre y voluntario.

Añade, no se tuvo en cuenta esa prohibición legal que es una barrera, y aunque manifiesten que si la ineficacia en el traslado es justamente cuando no se brinda información necesaria, clara y oportuna o suficiente para poder llevar a un traslado libre y voluntario, lo cierto es que no retornó al régimen de prima media dentro de ese traslado, cuando le faltaren menos de 10 años, y estando en el año 2022 ya fue superado el término preestablecido.

Comenta, en lo que refiere a la carga de la prueba no se estudió conforme al caso en concreto que efectivamente para el año 1995, ocurrieron los hechos del traslado de la demandante, siendo imposible acreditar la asesoría brindada de manera verbal, Por lo tanto, aducen existen otros indicios como lo son las confesiones, y las cuales si bien no se tienen en cuenta por el despacho si se podrían tomar como indicios de esa asesoría precontractual e información suministrada por el fondo.

Finalmente, afirma existe una descapitalización toda vez que la actora ya cumple con los requisitos de edad para pensionarse y los únicos afectados serían los afiliados de este esquema, quienes tendrían que subsidiar esa pensión de vejez o cualquier otro tipo de pensión que deba reconocerse a la demandante en caso de declararse la ineficacia del traslado. Por lo que buscando el interés general sobre el particular solicita fuera revocada la decisión de instancia y no se condené en costas a la entidad.[2] *(Audiencia virtual realizada a través de la plataforma*

[2] *"**Apoderada COLPENSIONES (44:16):** Gracias su señoría, siendo esta la oportunidad me permito interponer recurso de apelación frente a la sentencia de instancia, solicitando de manera respetuosa a los magistrados del Tribunal Superior de Bogotá sala laboral se revoque teniendo en cuenta los siguientes reproches.*

Primero que todo existe una indebida valoración probatoria, toda vez que dentro del proceso, y se hace salvedad, hago corrección respecto a los alegatos de conclusión, respecto a la edad para cumplir los requisitos de retorno conforme a la información suministrada en el interrogatorio de parte, lo cierto es que dentro del interrogatorio de parte la demandante confesó que el asesor de la AFP le brindó una asesoría precontractual antes de protocolizar el traslado de régimen pensional, prueba que también se ve acreditado con el formulario de afiliación y este genera efectos jurídicos para las partes. La confesión es un medio de prueba, y en el presente caso se vio acreditado dentro del proceso los requisitos que pues, cumple con los requisitos del artículo 191 del Código general del proceso, teniendo en cuenta que la demandante es la única persona que puede acreditar la asesoría brindada por la AFP de manera verbal, lo cierto es que la misma puede parcializar la información con el fin de buscar una ventaja dentro del proceso, por lo tanto, las aseveraciones de la parte puede tenerla en cuenta cuando constituya una confesión, es decir, aquello que produzca consecuencias jurídicas adversas o favorezcan a la contraparte y en ese orden de ideas la demandante pudo acreditar dentro de la misma, que se le brindó una asesoría precontractual, que tuvo conocimiento antes de los 10 años para cumplir los requisitos respecto de lo que era el traslado, el traslado de régimen pensional en cualquier tiempo, antes de la prohibición legal, tenía conocimiento del bono pensional, y además, informó que durante la charla realizada por PORVENIR, esa asesoría precontractual se le informó la forma en la que se le iban a financiar los recursos, justamente esa es la información que se le debe brindar a la hora de realizar un traslado, pues ventajas y desventajas no existen dentro de los regímenes pensionales, pues estaríamos diciendo que mal obró el legislador a la hora de regular cada uno de ellos, quebrantando el principio de igualdad de cada uno de los afiliados, pues la forma en la que se acumularan los recursos, y la financiación de los mismos, en lo que determina las ventajas y desventajas sería más que todo la prolongación en el tiempo, conforme a sus aportes tanto voluntarios como periódicos, para poder tener, y otros factores para tener más o menos una proyección pensional o el posible reconocimiento pensional, conforme a los criterios en el RAIS.

Teniendo en cuenta lo anterior, dado que también existen actos, primero, segundo existen también actos de relacionamiento que tampoco se tuvo en cuenta a la hora de proferir sentencia, y es que el a quo no tuvo en cuenta que primero la demandante perfecciono ese traslado, saneó cualquier tipo de vicio por falta de información, pues se acercó dos veces, tanto según lo dicho en su interrogatorio, tanto a COLPENSIONES y al fondo, solicitando primero a COLPENSIONES el traslado, que no se puede probar dentro del proceso, sin embargo, lo único que puede acreditar es que efectivamente tenía conocimiento para la fecha que COLPENSIONES no despareció y no hizo su traslado de manera oportuna, de igual forma que solicitó el reconocimiento pensional, solicitó información sobre el reconocimiento pensional al fondo PORVENIR, y que la abogada le manifestó que solamente iba a recibir un salario mínimo, una mesada pensional de salario mínimo, lo cual es la motivación principal para poder solicitar esta ineficacia en el traslado, pues ya se encontraba inmersa en la prohibición descrita en el artículo 12 de la ley 797 del 2003, la cual modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993, teniendo en cuenta que no se tuvo como prueba en conjunto los indicios dentro del proceso, pues existió una asesoría precontractual, existía una confesión en el sentido de que efectivamente esa información fue suministrada de manera verbal, por lo que puede parcializar manifestando que no se le brindó cierta información, pero lo que se puede probar es que se buscó garantizar por el fondo una asesoramiento, una asesoría, perdón, hacia la demandante, con el fin de generar quitar cualquier tipo de vicio en el consentimiento y llevarla a hacer un traslado libre y voluntario.

De igual forma, no se tuvo en cuenta esa prohibición legal que es una barrera, y aunque manifiesten que si la ineficacia en el traslado es justamente cuando no se brinda información necesaria, clara y oportuna o suficiente para poder llevar a un traslado libre y voluntario, lo cierto es que el retorno al régimen de prima media dentro de ese traslado, cuando le faltaren menos de 10 años, y la ineficacia en el traslado se debe entender que generan unos efectos diferentes, entonces tendríamos que decir que si bien para la juez de primero instancia no existe prescripción límite para poder declararse la ineficacia en el traslado, esa está el cumplimiento de los requisitos, de la prohibición legal, que es cuando falten menos de 10 años para cumplir la edad para tener el derecho a la pensión, y estamos en el año 2022 superándose el termino preestablecido.

De igual forma, la carga de la prueba no se estudió conforme al caso en concreto que efectivamente para el año 1995, ocurrieron los hechos del traslado de la demandante, siendo imposible acreditar la asesoría brindada de manare verbal, quien la única que lo puede acreditar como se ha ratificado es la demandante, la misma puede parcializar con el fin de buscar ventajas dentro del proceso. Por lo tanto, existen a parte de ese formulario, que fue la única prueba que se pudo deducir por el a quo para tomar su decisión, existen otros indicios como son estas confesiones, y no se toma como confesión lo dicho en su interrogatorio de parte si se puede tomar como indicios de esa asesoría precontractual e información suministrada por el fondo.

De acuerdo a lo anterior, existiendo una descapitalización pues ya cumple con los requisitos de edad para pensionarse, mirando si cumple con las semanas para pensionarse en el régimen de prima media los únicos afectados serían los afiliados de este esquema, quienes tendrían que subsidiar esa pensión de vejez, o cualquier otro tipo de pensión que deba reconocerse a la demandante en caso de declare la ineficacia del traslado. Por lo que buscando el interés general sobre el particular se solicita de manera respetuosa se

Microsoft Teams récord 44:16 Archivo "15. PROCESO 2019-861 ART 77 Y 80 CPT-SS_20220407_152906.mp4", expediente digital)

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (*Páginas 7 y 8, archivo "01. Expediente Digitalizado (f, fisico).pdf", expediente digital),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 4 a 7, archivo "01. Expediente Digitalizado (f, fisico).pdf", expediente digital),* aspirando de manera principal se declare la nulidad del traslado efectuado a PORVENIR el 11 de abril de 1995, en consecuencia, se condene a esta AFP a restituir a COLPENSIONES los valores obtenidos en virtud a la vinculación de la actora, como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos causados, así como cualquier concepto que hubiere recibido ingresos por concepto de la afiliación, como las cuotas de administración, entre otros; se ordene a COLPENSIONES a recibir como afiliada a la actora, así como recibir los valores obtenidos mientras se encontró vinculada al RAIS, así como a contabilizar para efectos de pensión las semanas cotizadas en dicho régimen; condenar a PORVENIR al pago de los perjuicios morales ocasionados a la demandante, debido a la omisión de la información al momento de la realización del traslado pensional; lo ultra y extra petita y se condene en costas y agencias en derecho. De manera subsidiaria, solicitó se declare la ineficacia del traslado. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a COLPATRIA hoy PORVENIR el 11 de abril de 1995, en consecuencia, condenó a la AFP a que dentro de los siguientes 45 días a la ejecutoria de la providencia, devuelva todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, rendimientos causados y gastos de administración con destino a COLPENSIONES; condenó a dicha entidad a aceptar los anteriores valores y tener como válida la afiliación con fecha del 1 de febrero

---

revoque la decisión de instancia y no sea condenada en costas a mi representada, pues lo único que busca acreditar los derechos de los afiliados del esquema. De esta forma dejo sustentado mi recurso de apelación. Gracias."

de 1985, por lo que deberá incluir en las bases de datos, sistemas de información y la historia laboral. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con el demandante, al momento del traslado, precisando si bien se pudo haberle brindado información a la actora sobre los beneficios del RAIS, no le explicó las consecuencias de su traslado.

Frente a la pretensión de perjuicios la Juez *a quo* manifestó no ser procedentes los mismos ya que la parte actora no demostró su causación y tampoco acreditó haberse causado, sin que la demandante elevara reproche alguno.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[3].

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 23 de enero 1961 *(Página 28, Archivo "01. Expediente Digitalizado (f, fisico).pdf", expediente digital),* por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES y PORVENIR el 24 de octubre de 2019 *(Páginas 43 a 53 y 55 a 65, archivo "01. Expediente Digitalizado (f, fisico).pdf", expediente digital)*, esto es, cuando ya había cumplido la edad requerida para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas

[3] *En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".*

incorporadas a los autos, contaba apenas con 326,57 semanas cotizadas al sistema que corresponden a 6,2 años *(Página 154, archivo "05. Contestacion Demanda Porvenir S.A. - 01_03_2021.pdf", Historia Laboral, expediente digital),* por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **11 de abril de 1995** con fecha de efectividad a partir del **01 de mayo de 1995** *(Página 73 y 75, archivo "05. Contestacion Demanda Porvenir S.A. - 01_03_2021.pdf", expediente digital)* por afiliación que hiciera a COLPATRIA hoy PORVENIR, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada y que ésta fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal información debe ser objetivamente verificable, en el entendido de que aquél debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión *"libre y voluntaria*" contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura.

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

> *"Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.*

> *Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute**, es eficaz**, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.*
>
> *Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*
>
> *El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias."*

En tal sentido, *"es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez"* (SL1688 de 2019).

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc[4], en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

> *"(…)*
> *De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:*
>
> > *Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).*

[4] *Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020*

> *En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*

Entonces, según la norma precedente, 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."*

Frente a este respecto, además, esa alta Corporación en sentencia SL-1948 de 2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (*vuelta al status quo ante*, art. 1746 CC). Así, discurrió

> *"**1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen***
>
> *Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.*
>
> *Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (…) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».*
>
> *De ahí que le corresponda a la Sala precisar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto.*
>
> *Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC).*
>
> *[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó*

> *un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]*
>
> *Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral […] la afiliación respectiva quedará sin efecto».*
>
> *Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019)".*

En ese orden, no se trata de analizar la presencia de vicios que conlleven a la nulidad del negocio jurídico, sino de establecer el cumplimiento del deber de información como condición de eficacia del traslado de régimen pensional, razón por la cual, no se requiere la acreditación en este juicio de la presencia de vicios que invaliden el consentimiento.

Ahora bien, sobre esta temática igualmente, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado,* por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la actora al fondo accionado COLPATRIA hoy PORVENIR.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011[5], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

[5] *"Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.*

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la "ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA", en donde se señala una mesada pensional de $900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el "RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL", es de $1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

"Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

"En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

"Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

"Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

"El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.
"(…).
"Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

"Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes

les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

"Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

"La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

"La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

"Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

"Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

"Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

"En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña".

"Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales".

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la

sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

> *"(…)* ***Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.***
>
> *(…)*
>
> *Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*
>
> *(…).*
>
> *Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, 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.*
>
> ***Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego.*** *A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (…)"*

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se

---

Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta 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.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

acredita el suministro de información en los términos aquí referidos, pues en manera alguna se evidencia en el plenario que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la accionante[6] contrario a lo afirmado por COLPENSIONES en su apelación no acreditan de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que en la oficina en la cual trabajaba, llegaron 3 asesoras de COLPATRIA hoy PORVENIR, no obstante solo una fue la que brindó la charla respecto a dicha AFP, señalando que iba a tener mejores rendimientos, y que podría elegir la edad para pensionarse, la actora indica que para ese momento se encontraba finalizando su primer semestre de la universidad y que si bien ahora sabe lo que significa un Bono Pensional de ello tuvo conocimiento mucho tiempo después del traslado de régimen.

Nótese, de lo relatado por la demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR haya cumplido con su obligación de buen consejo, pues lo único que advierte la Sala es una labor de publicidad y promoción de los fondos privados donde se enfatizó en las supuestas bondades del RAIS y la posibilidad de recibir beneficios económicos por la decisión de vinculación que tomaran los potenciales afiliados, sin que en esa labor se tomará en cuenta la responsabilidad social que tenían las AFP desde su creación.

Tampoco luce acreditado con el interrogatorio del representante legal[7] de la demandada PORVENIR, pues se limitó a indicar que los asesores son permanentemente capacitados para brindar información idónea, completa y veraz a los afiliados, además, que para la época del traslado únicamente era exigido el formulario de afiliación.

A efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a COLPATRIA hoy PORVENIR (*Página 75, archivo "05. Contestación Demanda*

[6] Audiencia 7 de abril de 2022, récord 29:19
[7] Audiencia 7 de abril de 2022, récord 1:00:41

Porvenir S.A. - 01_03_2021.pdf", expediente digital), este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la AFP demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

Respecto al comunicado de prensa alegado en la apelación por Porvenir *(Páginas 78 a 80, archivo "05. Contestación Demanda Porvenir S.A. - 01_03_2021.pdf", expediente digital)* es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones COLPATRIA hoy PORVENIR proporcionara a la afiliada una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora –COLPATRIA hoy PORVENIR- no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración a la demandante al momento de trasladarse, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se deja constancia expresa en el sentido de su decisión de vincularse a esa AFP de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.

Aquí también debe resaltar esta Sala, el deber de información existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y por ende de los fondos privados se estableció en cabeza de éstos el deber de ilustrar a sus

potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así, por ejemplo, en sentencia SL1688-2019 reiterada en la SL-3708-2021 y SL-3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

> ***"1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***
>
> ***1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.***
> *El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).*
>
> *De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.*
>
> *Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.*
> *…*
> *En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*
>
> *De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar*

precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Además, ilustró las diferentes etapas del deber de información, así:

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 1.° 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 3.°, 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 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Como se ve, ya para el año 1995, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen **(11 de abril de 1995 , efectivo el 01 de mayo de 1995),** el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo

señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Valga aclarar en este punto a COLPENSIONES, es atendiendo el incumplimiento del deber de información que le asistía la administradora de fondos de pensiones y no a la posible diferencia existente entre las mesadas que serían otorgadas en uno u otro régimen, lo que torna en ineficaz el tránsito entre regímenes.

Por otro lado, es menester precisar, no tiene incidencia alguna que la actora no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen. Al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

Tampoco incide el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (*Archivo 5 expediente digital ver formulario página 77)* como lo sostiene COLPENSIONES en su apelación, en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, según se observa en el historial de vinculación (*ibíd. Página 73*).

Con relación a los actos de relacionamiento como indiciarios de la ratificación de la voluntad de permanecer en el RAIS a la que se ha hecho referencia, la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en señalar que no puede entenderse que los posteriores traslados entre administradoras configuran un acto relacionamiento que demuestre la voluntad de permanecer en el régimen de ahorro individual. Recientemente reiteró esta postura en sentencia SL1055-2022 radicación 87911 de 2 de marzo de 2022, insistiendo en que ello no desvirtúa el hecho del incumplimiento frente al deber de información. Textualmente señaló lo siguiente:

> *"Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de*

> *2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.*
>
> *Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.*
>
> *De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.*
>
> *Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.*
>
> *Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias."*

Bajo tal orientación, en tratándose de la ineficacia del traslado, como ya se anotó, no resulta relevante los traslados efectuados por el afiliado dentro del mismo régimen.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y gastos de administración, como también la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Por otro lado y para resolver las inconformidades expuestas en la alzada por COLPENSIONES, conviene precisar, en autos no tiene relevancia la financiación del sistema o que la convocante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro,

sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Advirtiéndose a Colpensiones en cuanto al principio de la sostenibilidad financiera la Máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no lesionan "*el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas*." (Sentencia SL2877, rad. 78667 del 29 de julio del 2020).

Por otro lado, en relación con los argumentos de apelación de PORVENIR S.A., relacionados con la devolución de los gastos de administración, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos conceptos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

> *"Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.*
>
> *[…]*
>
> *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 ésta 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.***
>
> *Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada."*

Igualmente, en la sentencia SL1421-2019, Radicación N° 56174 del 10 de abril de 2019, se expuso:

> *"Conforme a lo establecido en sede de casación, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, (…) que el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.* ***deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración*** *al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 (…)".*

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por PORVENIR (*Páginas 34 y 35, archivo "05. Contestación Demanda Porvenir S.A. - 01_03_2021.pdf", expediente digital) y* COLPENSIONES[8] *(Páginas 33 y 34, archivo "06. Contestación Demanda Colpensiones - 04_03_2021.pdf", expediente digital),*entidad ésta última a favor de quien se surte la consulta, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

[8] Se tuvo por contestada la demanda en auto del 1 de abril de 2022, archivo "09. Auto Admite Contestación Dda - Fija Fecha.pdf", expediente digital.

Es de anotar en este punto para resolver las inconformidades de PORVENIR, dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración y demás restituciones, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción.

Sobre esto último, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2611, Radicación N° 67972 del 1° de julio de 2020, señaló que las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones, hace inoperante dicho fenómeno extintivo frente a los mismos. Puntualmente dijo esa Corporación:

> *"…recientemente, en la sentencia CSJ SL1421-2019, tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto, sosteniéndose que en materia del derecho del trabajo y la seguridad social, las disposiciones que gobiernan la extinción de la acción son los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, que consagran un periodo trienal para que opere ese fenómeno; sin embargo, se adujo que tal normativa no resulta aplicable a los casos de ineficacia del traslado, por cuanto se trata de una pretensión de carácter declarativa, que es precisamente lo que sucede en el sub examine, en la aludida providencia se dijo:*
>
> > *Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que* ***las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo,*** *en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.*
> >
> > *De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el trascurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.*
>
> *Conforme a lo discurrido, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban antes de*

> *ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, (...)"* (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

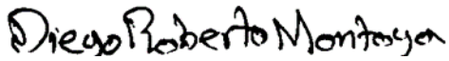
En mérito de los expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

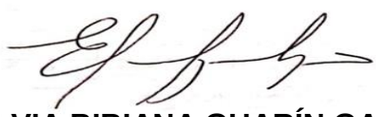
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 2° Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTA D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR NEEMIAS PEÑA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- Y PORVENIR S.A. (RAD. 05 2019 00744 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por COLPENSIONES (fls. 4 y 5), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver el recurso de apelación propuesto por la demandada COLPENSIONES así como el grado jurisdiccional de Consulta en su favor, respecto a la sentencia proferida por el Juzgado Quinto (5º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 7 de diciembre de 2021 (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 31:39, acta de audiencia expediente digital Archivos 16 y 17 expediente digital*), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES a pagar a favor de la sucesión del señor NEEMÍAS PEÑA, identificado con la cédula 79.149.812, las siguientes sumas por los siguientes conceptos:*
>
> 1. *$15.411.210 por concepto de retroactivo pensional.*
> 2. *$1.787.210 por concepto de intereses moratorios de que tratan el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.*

> ***SEGUNDO: ABSOLVER*** *a PORVENIR S.A., de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, declarando probada la excepción de falta de legitimación en la causa.*
>
> ***TERCERO: COSTAS*** *a cargo de COLPENSIONES. Inclúyase como agencias en derecho la suma de 5 salarios mínimos mensuales legales vigentes a cargo de COLPENSIONES y favor de cada uno de los sucesores procesales, y la suma de 5 salarios mínimos mensuales legales vigentes a cargo de COLPENSIONES y a favor de PORVENIR S.A.*
>
> ***CUARTO****: en caso de que este fallo no fuera apelado,* ***CONSÚLTESE*** *con el superior a favor de COLPENSIONES."*

Inconforme con la decisión, el apoderado de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, señalando si bien al señor Nehemías Peña (q.e.p.d.) se le determinó el 50.20% de pérdida de capacidad laboral con fecha de estructuración del 8 de agosto de 2018, en el radicado interno 2020 4340306 se hizo referencia a que el afiliado debió instaurar acción penal por la presunta falsificación de documento y por ello no fue posible anular el traslado en la base de datos de Colpensiones y fue por esa razón que la entidad no accedió oportunamente a reconocer la pensión de invalidez al demandante.

De otro lado, consideró excesiva la tasación de la condena en costas impuesta por el juez a quo, teniendo en cuenta los gastos en que incurrirá su representada por este concepto, por lo que solicita al Tribunal revisar este aspecto[1]. (*Audiencia virtual*

[1] **Apoderado COLPENSIONES (33:38):** Que pena su señoría, de acuerdo lo suscitado por mi empleador y dentro de la oportunidad procesal pertinente su señoría me permito presentar el siguiente recurso de apelación, para que sea estudiado por el Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral. De la siguiente manera:

Si bien es cierto, el señor aquí demandante el señor NEEMIAS PEÑA, que en paz descanse, obtuvo un 50,20% de pérdida de capacidad laboral mediante dictamen DML6911 del 4 de octubre de 2018, 4 de agosto, bueno emitido con fecha de estructuración el 8 de agosto de 2018 y también veo la necesidad de pronunciarme frente a un radicado interno, el cual es el 2020 4340306, el cual indica:

"*El ciudadano presenta en SIAFP anulación de traslado al RAIS, situación la cual se debe instaurar la respectiva acción penal por presunta falsificación en documento ante la fiscalía general de la Nación, con el fin de determinar la veracidad o la falsedad en el documento de conformidad con lo establecido en el título noveno, capítulo tercero, ley 599 del 2000, referente a los delitos contra la república, en especial la falsedad en documentos. Por lo anterior, no es posible anular el traslado en la base de datos de COLPENSIONES, en tanto no se cuente con documento por medio del cual la autoridad competente se pronuncie respecto al asunto, indicando que AFP debe quedar asignado el afiliado".*

Con base a esto su señoría, es como mi representada no accedió oportunamente a realizar reconocimiento de la pensión de invalidez del aquí demandante NEEMIAS PEÑA, y por ende, solicito al Honorable Tribunal Superior de la Sala laboral de Bogotá, revocar el presente fallo.

concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 33:38, acta de audiencia expediente digital).

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante NEEMIAS PEÑA (q.e.p.d.). las pretensiones contenidas en la demanda (archivo 003. Demanda y anexos.pdf folios 5 y 6 expediente digital), las cuales encuentran apoyo en los hechos relacionados en las páginas 2 a 5 ibídem, dirigidas principalmente a que se declare que no se encuentra afiliado a PORVENIR S.A.; se declare que está afiliado sin solución de continuidad a COLPENSIONES; se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar a su favor una pensión de invalidez desde el 8 de agosto de 2018, los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, o en subsidio de éstos la indexación, lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

La parte demandante, obtuvo sentencia de primera instancia favorable a sus aspiraciones, por cuanto se condenó a COLPENSIONES a pagar a favor de la sucesión de Neemías Peña $15’411.210 por concepto de retroactivo pensional y $1’787.210 por concepto de intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993. Lo anterior tras considerar una evidente desidia por parte de Colpensiones al privar a su afiliado de la prestación que reclamó. Encontró acreditado que Neemías Peña se afilió al ISS y que Colpensiones también lo asumió como su afiliado, como consta en todos los documentos emanados de Colpensiones; que aunque existe una certificación expedida por esa entidad relativa a que está afiliado a PORVENIR S.A., el acto de afiliación al fondo privado no existe. Consideró que el afiliado cumplía con los requisitos para alcanzar la pensión de invalidez, pero dado su

---

Y a su vez, me pronuncio a las costas condenadas dentro del presente proceso, que si bien es cierto mi representada no pensionó al señor NEHEMIAS dentro de la oportunidad que se encontraba, que era lugar de la emisión del dictamen que asignó su perdida de capacidad laboral superior a lo que exige la ley, este representante, abogado, considera es un poco excesiva la cargar, teniendo en cuenta los gastos en los incurrirá mi representada por el pago de tan altos salarios mínimos, los cuales fueron fijados en 15 aproximadamente, teniendo en cuenta las tres partes que hay que hacer el pago de las costas, y pues le solicito al Honorable Tribunal también haga una revisión sobre esto. Dejo así presentado mi recurso de apelación su señoría. Muchas gracias”

fallecimiento, solo procede el reconocimiento del retroactivo y los intereses con destino a la masa sucesoral.

Bajo tal entendido, habida cuenta que se conoce del presente proceso además del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones en el grado jurisdiccional de consulta en su favor, se abordará el estudio del presente asunto en lo que le fue desfavorable a la traída a juicio.

En orden a lo anterior, a fin de desatar la instancia, corresponde dilucidar a que administradora se encontraba válidamente afiliado el señor Neemías Peña, para lo cual se acude a las documentales traídas al plenario, como el reporte de semanas cotizadas (archivo 008. COLPENSIONES- CONTESTACION DEMANDA.pdf folios 19 a 29 expediente digital), donde consta que el señor Peña se afilió al ISS el 5 de julio de 1976.

Así mismo se aportó dictamen de pérdida de capacidad laboral (archivo 001. DEMANDA Y ANEXOS.pdf folios 30 a 36, expediente digital), elaborado por COLPENSIONES el 4 de octubre de 2018, que da cuenta que para esa data, el señor Neemías Peña estaba afiliado a dicha entidad; Certificado RUAF (fls 37 y 38 ibídem), documento en que también figura su afiliación al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES y certificados de miplanilla, en los que consta que los aportes a pensión a nombre del citado señor, fueron efectuados a COLPENSIONES (fls. 65 a 69 ibídem).

Ahora bien, aunque obra documento expedido por COLPENSIONES el 7 de marzo de 2019 (archivo 001. DEMANDA Y ANEXOS.pdf folio 39, expediente digital), en el que se hizo constar que el señor Peña estuvo afiliado a la entidad su estado es *"TRASLADADO A OTRO FONDO"*, lo cierto es que dicha afirmación riñe totalmente no solo con la documentación líneas arriba reseñadas, sino además, con la certificación expedida por la enjuiciada PORVENIR S.A. el 14 de marzo de 2019 (folios 40 y 41 ibídem) que contrariamente hizo constar que Neemías Peña no se encuentra afiliado a ese fondo de pensiones obligatorias.

Bajo este panorama, sin que se hubiera aportado algún medio de prueba que permita siquiera inferir que el señor Peña en algún momento adelantó un trámite tendiente a trasladarse del régimen de prima media, es claro para la Sala, que el traslado a Porvenir S.A. a que alude COLPENSIONES, corresponde a una

inconsistencia, en la información del afiliado, proveniente de la demandada COLPENSIONES y no de PORVENIR S.A., última que ha sido clara en señalar que el señor Peña nunca estuvo afiliado a esa administradora.

A tono con lo anterior, se recuerda que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha enfatizado que a las administradoras les asiste el deber de custodia de la información pensional de sus afiliados y garantizar que ésta sea fidedigna con el record laboral de los trabajadores, a fin de salvaguardar la confianza de sus afiliados, quienes de buena fe depositan bajo su custodia una información tan sensible para sus expectativas de vida. Así lo dijo la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 5170 de 2019, así:

> *"Lo anterior denota por parte de Colpensiones una conducta transgresora de las pautas que deben guiar el tratamiento de las historias laborales a su cargo. En efecto, al estar sometida la entidad a los lineamientos de la Ley 1581 de 2012, se encuentra en la obligación de custodiar, conservar y guardar la información de las cotizaciones de sus afiliados, premisa que involucra el deber de organizar y sistematizar correctamente esos datos.*
>
> *Asimismo, la entidad y las administradoras de pensiones, tienen la obligación de consignar información cierta, precisa, fidedigna y actualizada en las historias laborales, esto es, garantizar que su contenido sea confiable. Esta exigencia origina, a su vez, una prohibición correlativa frente al tratamiento de datos parciales, incompletos, fraccionados o que induzcan a error.*
> *De otra parte, Colpensiones en su condición de responsable del tratamiento de datos personales, debe asegurar un manejo transparente de la información consignada en las historias laborales y la veracidad y completitud de la misma".*

La Corte Constitucional también ha sido reiterativa en este sentido. A modo de ejemplo, en la sentencia T-079 de 2016, recordó que los datos contenidos en la historia pensional corresponden al *"soporte probatorio del esfuerzo económico realizado por el trabajador para acceder a los ingresos que no podrá procurarse por sí mismo en cierta etapa de su vida y la de la historia laboral como documento contentivo de datos personales que requieren de un tratamiento especial*[27]*, consecuente con la entidad de los bienes jurídicos involucrados en el manejo de la información que consignan"* Y a renglón seguido señaló:

> *"23. El valor probatorio que ostenta la historia laboral compromete a las entidades encargadas de su administración a asegurar que su contenido sea confiable, esto es, a garantizar que refleje el verdadero esfuerzo económico que realizó el potencial beneficiario de la pensión en aras de la satisfacción de las condiciones legales para acceder a ella. La confiabilidad de la historia laboral depende de que la información que allí se consigna sea cierta, precisa, fidedigna y actualizada. Tal es el sentido del principio de veracidad o calidad intrínseco al tratamiento de los datos a cuyo cargo se encuentran la administradora del régimen pensional de prima media y los fondos privados de pensiones.*

> *El referido principio, contemplado en el artículo 4º de la Ley 1581 de 2012, exige que la información personal almacenada por las entidades públicas o privadas sea veraz, completa, exacta, actualizada, comprobable y comprensible. Tal exigencia origina, a su vez, una prohibición correlativa frente al tratamiento de datos parciales, incompletos, fraccionados o que induzcan a error.*
>
> *La obligación que surge para las administradoras de pensiones en ese contexto se traduce, como ocurre respecto de su obligación de conservación, guarda y custodia, en la imposibilidad de denegar el reconocimiento o pago de las prestaciones económicas contempladas por el sistema alegando la estructuración de errores que, como responsables de las historias laborales, les son atribuibles. Así lo ha referido esta corporación en varias oportunidades".*

Ante ese panorama, no son de recibo los argumentos del recurrente relativos a que se debió adelantar una acción penal por el punible de falsedad en documento; máxime cuando, como ya se advirtió, no hay indicio que hubiera existido un documento que concretara el acto jurídico de afiliación de Neemías Peña a la demandada PORVENIR S.A.; por lo que más allá de la ocurrencia de un delito, lo que advierte la Sala, es la inexactitud de la información pensional del citado afiliado, que aunque se trató de un error, COLPENSIONES nunca llevó a cabo ningún trámite tendiente a corregirlo.

Por ello, esta Corporación acompaña las conclusiones del juez de primer grado, relativas a que la única entidad a la que estuvo debidamente afiliado el causante, lo fue la demanda COLPENSIONES.

Superado el punto anterior, se advierte, no es motivo de controversia en esta instancia que el causante fue calificado por COLPENSIONES, con una pérdida de capacidad laboral del 50.2%, estructurada el 8 de agosto de 2018, de origen común (Archivo 3 expediente digital páginas 30 a 36).

En ese orden, de conformidad con lo previsto en el artículo 39[2] de la Ley 100 de 1993, vigente para la fecha de estructuración de invalidez el actor (8 de agosto del

---

[2] ***Artículo 39. Requisitos para obtener la pensión de invalidez.*** *Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:*

> *1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.*
>
> *2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma.*

Parágrafo 1º. *Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria[2].*

2018) tendrán derecho a la pensión de invalidez los afiliados al sistema que de acuerdo al artículo 38 *ejusdem* sean declarados inválidos[3] y acrediten 50 semanas de cotización en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la estructuración de su invalidez.

Con relación al primero de los requisitos, esto es, la condición de invalidez, el mismo se encuentra acreditado al tenor de lo consagrado en los artículos 38 y 250 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 860 de 2003, en atención a que de conformidad con el dictamen emitido por COLPENSIONES, el señor Peña contaba con una pérdida de capacidad laboral del 50.2% estructurada el 8 de agosto de 2018(Archivo 3 expediente digital páginas 30 a 36).

Frente a las semanas de cotización, a partir del reporte de cotizaciones expedido por COLPENSIONES se evidencia contaba con 1.920,14 semanas y que cumplía con el requisito de las 50 semanas de cotización durante los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez, pues entre el 7 de agosto de 2015 y el 7 de agosto de 2018, tenía 263, 16 semanas cotizadas (expediente digital, archivo 003. Demanda y anexos.pdf), que lo hacían beneficiario de la pensión reclamada a partir del 8 de agosto de 2018, fecha en que se estructuró su invalidez, tal como lo establece el Inciso 3 del artículo 40 de la Ley 100 de 1993[4],

Sin embargo, teniendo en cuenta que el señor Neemías Peña falleció el 1° de noviembre de 2019 (expediente digital, archivo 014. Folio 21), el juez de primer grado determinó que lo procedente es el reconocimiento de un retroactivo pensional correspondiente al periodo comprendido entre la fecha de estructuración de la invalidez del afiliado y la fecha de su deceso (8 de agosto de 2018 al 1° de noviembre de 2019, que concretó en la suma de $15’411.210,oo, ello teniendo como IBL $1’269.881, correspondiente al promedio de las cotizaciones de toda la vida laboral del trabajador por ser más favorable y con una tasa de reemplazo del 75%

Parágrafo 2º. *Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años.*

[3] *“**ARTÍCULO 38. ESTADO DE INVALIDEZ.** Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que, por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.”*

[4]La pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado.

teniendo en cuenta la densidad de cotizaciones que alcanzó el señor Peña, para una mesada pensional de $952.411,00 y por trece mesadas.

En ese orden, como quiera que el presente asunto se conoce también en consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de decisión procedió a efectuar las operaciones aritméticas correspondientes, con el apoyo del Grupo liquidador creado por el Consejo Superior de la Judicatura, donde se tuvo en cuenta como IBL el promedio de lo cotizado en toda la vida laboral, por ser más favorable arribando a un IBL de $1’272.139,16 y a una primera mesada de $954.104,37. Igualmente, se procedió al cálculo del retroactivo pensional entre el 8 de agosto de 2018 y el 1° de noviembre de 2019, que asciende a la suma de $15’569.074,oo, sin embargo, como quiera que este aspecto no fue objeto de apelación por la parte demandante y no es posible hacer más gravosa la situación de Colpensiones, que frente a la cuantificación de las condenas acude en consulta, se cuantificó una vez más el retroactivo pensional teniendo en cuenta para ello la primera mesada que determinó el a quo, obteniendo por este concepto la suma total de $15’541.430, suma ligeramente superior a la determinada en primera instancia, pero por las razones reseñadas también habrá de confirmarse la cuantificación de la sentencia de primer grado.

En relación con los intereses moratorios, resulta pertinente mencionar, se encuentran contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 previstos para los eventos de mora en el pago de mesadas pensionales. La finalidad de estos intereses, a voces de la Corte Suprema, no es otro que la de resarcir los perjuicios ocasionados a los pensionados por la cancelación tardía de sus mesadas pensionales y, con ello, hacer efectiva la garantía prevista en el artículo 53 de la Constitución Política, con apego al cual uno de los principios mínimos fundamentales aplicables al trabajo es el de asegurar *“(…) el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones (…)”*[5].

Del mismo modo, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha sostenido que los intereses moratorios son simplemente resarcitorios y no sancionatorios[6] de manera que no es pertinente efectuar algún análisis sobre la conducta de la respectiva

[5] Sentencia SL1681 de 2020.
[6] CSJ SL, 23 sep. 2002, rad. 18512; CSJ SL, 29 nov. 2011, rad. 42839; y CSJ SL10728-2016, entre muchas otras, reiteradas en sentencia SL3130 de 2020.

entidad de seguridad social y a su posible apego a los postulados de la buena fe, salvo que la negativa se funde en el ordenamiento legal vigente o que la definición del derecho obedezca a las reglas jurisprudenciales fijadas, entre otras condiciones analizadas en concreto, pudiéndose colegir en consecuencia, el pago tardío de mesadas pensionales de una prestación pensional, debe ser sancionado en los términos del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando no se evidencie una razón que justifique el actuar de la entidad en el desconocimiento del derecho que le asistía a la demandante[7], criterio reiterado recientemente por la Corte en sentencia SL3130-2020[8], en la que precisó:

> *"(…)*
> *En primer lugar, que permanece vigente la jurisprudencia de la Corte en torno al carácter meramente resarcitorio de los intereses, mas no sancionatorio, de* ***manera que no es necesario realizar algún examen de la conducta de la entidad obligada tendiente a descubrir algún apego a los postulados de la buena fe. Ello con la salvedad de algunos casos en los que, según la jurisprudencia, las entidades niegan administrativamente un determinado derecho pensional o definen su cuantía con amparo en el ordenamiento legal vigente y teniendo en cuenta que, finalmente, la obligación se produce por la aplicación de reglas jurisprudenciales relativas a la validez de algunas normas.***
>
> *(…)"* (Negrilla y subrayas de la Sala).

Así las cosas, y tal como se analizó en apartes anteriores, la razón de COLPENSIONES para negar la petición efectuada por el afiliado encontraba asidero en que se había trasladado al RAIS; sin embargo como se puedo establecer, dicho traslado nunca se verificó y se trató de un error por parte de COLPENSIONES, por lo que para esta Corporación no existe una razón que justifique su actuar y en ese sentido, teniendo en cuenta que el señor Neemías Peña solicitó el reconocimiento de su pensión de invalidez el 13 de noviembre de 2018, como consta en la resolución SUB 63033 de 13 de marzo de 2019 emitida por COLPENSIONES (expediente digital, archivo 003.demanda y anexos.pdf folios 25 a 28) debe ser condenada la pasiva al pago de los intereses moratorios a partir del 14 de marzo de 2019 y hasta el 1° de noviembre de 2019, fecha de fallecimiento del causante.

Con el apoyo del grupo liquidador se efectuó la correspondiente liquidación de los intereses moratorios, que también se anexa al cuerpo de este proveído, réditos que

[7] Sentencia SL 787-2013 Radicación No. 43602 del 6 de noviembre de 2013.
[8] En la cual hace extensivos los intereses moratorios cuando lo pretendido es la reliquidación o reajuste.

ascienden a $1’819.627,oo[9] y que se liquidan a la fecha del presente fallo, modificándose en este punto lo resuelto por el a quo.

Respecto de las costas procesales objeto de apelación por COLPENSIONES, téngase en cuenta que el legislador nacional ha acogido el criterio objetivo, en virtud del cual, las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el artículo 365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual “*se condenará en costas a la parte vencida en el proceso* (…)”, sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, por manera que al haber sido desfavorable la sentencia de primer grado a la pasiva, lo atinente a derecho es sea condenada en costas, motivos por los cuales se confirma la sentencia en este aspecto.

En relación con la cuantía de las agencias en derecho que impuso el a quo a COLPENSIONES, claramente el legislador previó la oportunidad procesal para ventilar el asunto, a que hace referencia el artículo 366 num. 5° del Código General del Proceso, por lo que no hay lugar a hacer ningún análisis en este sentido.

De esta manera se agota la competencia de la Sala en esta instancia, procediendo a adicionar la sentencia de primera instancia conforme a lo expuesto y a concretar el valor del retroactivo adeudado, confirmándose en lo demás por las razones aquí expuestas.

9

Tabla Liquidación de Intereses Moratorios con					***Fecha de Corte***		***1/11/2019***
Mesada Causada	***Fecha Inicial***	***Fecha Final***	***Número de días en mora***	***Interés moratorio anual***	***Tasa de interés de mora diario***	***Capital***	***Subtotal Interés***
desde 01-08-2018 a 28-02-2019	*14/03/19*	*01/11/19*	*233*	*28,55%*	*0,0688%*	*$ 7.693.514,00*	*$ 1.233.862,00*
mar-19	*01/04/19*	*01/11/19*	*215*	*28,55%*	*0,0688%*	*$ 982.697,00*	*$ 145.427,00*
abr-19	*01/05/19*	*01/11/19*	*185*	*28,55%*	*0,0688%*	*$ 982.697,00*	*$ 125.135,00*
may-19	*01/06/19*	*01/11/19*	*154*	*28,55%*	*0,0688%*	*$ 982.697,00*	*$ 104.166,00*
jun-19	*01/07/19*	*01/11/19*	*124*	*28,55%*	*0,0688%*	*$ 982.697,00*	*$ 83.874,00*
jul-19	*01/08/19*	*01/11/19*	*93*	*28,55%*	*0,0688%*	*$ 982.697,00*	*$ 62.905,00*
ago-19	*01/09/19*	*01/11/19*	*62*	*28,55%*	*0,0688%*	*$ 982.697,00*	*$ 41.937,00*
sep-19	*01/10/19*	*01/11/19*	*32*	*28,55%*	*0,0688%*	*$ 982.697,00*	*$ 21.645,00*
oct-19	*01/11/19*	*01/11/19*	*1*	*28,55%*	*0,0688%*	*$ 982.697,00*	*$ 676,00*
				Total intereses moratorios			***$ 1.819.627,00***

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de los expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

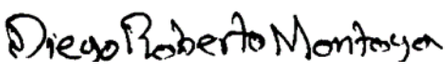
R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal **PRIMERO** de la sentencia de primer grado, en el sentido de establecer que los intereses moratorios actualizados a la fecha de esta providencia ascienden a la suma de **$1’819.057,oo**

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia emitida por el Juez 5° Laboral del Circuito de Bogotá, de acuerdo a las consideraciones expuestas.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARCELY AVENDAÑO LÓPEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y PORVENIR S.A. (RAD. 07 2020 00310 01)

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada ORIANA ESITIA GARCIA, como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA, en su calidad de representante legal de la sociedad CAL & NAF ABOGADOS S.A.S, apoderada principal (fl. 8).

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por COLPENSIONES, PORVENIR y la DEMANDANTE (fls. 5, 6, 11 a 15 y 29 a 49), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el 7 de abril de 2022 *(Audiencia virtual Art. 80 C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma*

Microsoft Teams récord 1:27:23, "26AudienciaArt80CPL-Fallo.mp4", expediente digital), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora MARCELY AVENDAÑO LÓPEZ con la AFP PORVENIR el 27 de septiembre de 2005 contenida en el formulario No. 22370603.*
>
> ***SEGUNDO: ORDENAR** a PORVENIR a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora MARCELY AVENDAÑO LÓPEZ dineros que deben incluir los rendimientos que se generen hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.*
>
> ***TERCERO: ORDENAR** a PORVENIR, a devolver igualmente los gastos de administración, comisiones o cualquier emolumento que se hubiesen descontado de los aportes pensionales de la señora demandante, mientras ha estado afiliada a este fondo privado desde 2005, valores que debe ser reintegrados y devueltos a COLPENSIONES debidamente indexados a título de actuación monetaria.*
>
> ***CUARTO: ORDENAR** a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como su afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la señora demandante desde su afiliación inicial al Instituto de Seguros social en el año 1981.*
>
> ***QUINTO:** Dadas las resultas del proceso **SE DECLARAN NO PROBADAS** las excepciones propuestas por COLPENSIONES, y PORVENIR.*
> ***SEXTO: Las COSTAS** son a cargo de PORVENIR. Las agencias en derecho se tasan a favor de la demandante en 2 SMMLV, al momento del pago, No hay lugar a condena en costas contra COLPENSIONES.*
>
> ***SÉPTIMO: ORDÉNESE** la consulta a favor de COLPENSIONES como entidad garantizada por la Nación y a fin a que el superior verifique la legalidad de lo decidido."*

Inconformes con la decisión, las apoderadas judiciales de PORVENIR S.A y COLPENSIONES la apelaron.

En primer lugar, COLPENSIONES, solicitando se revoque la sentencia. En sustento de ello, insistió en la no configuración de los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, teniendo en cuenta las aseveraciones que realizó la demandante, con las cuales se determina que no es dable desconocer los requisitos de validez de todo acto jurídico, toda vez, que la demandante manifestó que firmó el formulario de afiliación con PORVENIR de manera libre y voluntaria; que con anterioridad a la visita del asesor de dicha AFP se le brindó la información para afiliarse al RAIS, enfatizó que realizó el traslado ya que se le habían informado que el ISS se iba a acabar.

Agrega, que la actora afirmó conocer las características principales del RAIS, resalta, que no se puede pretender que los afiliados al RAIS tengan un extenso conocimiento sobre las características; por lo que es necesario que conozcan lo

básico, esto es sobre la cuenta de ahorro individual, la cual generaba rendimientos, además, afirma la actora recibía los extractos y manifestó el conocimiento sobre la heredabilidad de los aportes y la facultad de pensionarse de manera anticipada, así mismo, indicó podía realizar aportes voluntarios; advierte, lo anterior son características que debe conocer un afiliado al RAIS.

De otro lado, señala que al remitirse a los requisitos legales y jurisprudenciales tampoco se podría aducir que la demandante tenía derecho a trasladarse de régimen pensional, toda vez que se encuentra inmersa dentro de la prohibición señalada en la ley 100 de 1993.

Finalmente, solicitó en caso de ser confirmada la sentencia de primera instancia, se permita facultar a COLPENSIONES para acudir por la vía judicial en aras de obtener el resarcimiento de daños y perjuicios, ocasionado con la declaratoria de la ineficacia del traslado de la parte demandante[1] *(Audiencia virtual Art. 80 C.P.T y la*

---

[1] *"**Apoderada COLPENSIONES (1:28:59):** Gracias señor juez, encontrándome dentro de la oportunidad legal pertinente me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por este despacho, solicitando en primer lugar sea concedido el recurso que me encuentro interponiendo y en segundo, solicito muy respetuosamente a los Honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá sala laboral, se sirvan revocar la sentencia proferida, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones o los siguientes argumentos.*

Tal y como se manifestó en los alegatos de conclusión es claro que en el presente proceso no se dan los presupuestos para la declaratoria de una ineficacia de traslado, el acto jurídico que llevo a cabo la señora MARCELY AVENDAÑO LOPEZ, esto, teniendo en cuenta las aseveraciones que realizó la demandante en su interrogatorio de parte, lo cual conlleva a que no sea dable desconocer los requisitos de validez de todo acto jurídico, la demandante manifestó en primer lugar, que firmó de manera libre y voluntaria el formulario por medio del cual se afilió a PORVENIR, y en segundo lugar, teniendo en cuenta que en las respuestas otorgadas al titular del despacho, la demandante manifestó que ya ella anteriormente a la visita del o de la asesora, mejor dicho, que le brindó la información para afiliarse al RAIS, a través de PORVENIR, ya ella había tomado la decisión de trasladarse porque ya le habían dicho anteriores asesores que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar, que era mejor pensionarse en el RAIS. Entonces, pues no entiende esta apoderada como es que se obvia tal aseveración y se declara la ineficacia del traslado.

Aunado a lo anterior, la demandante adujo abiertamente que conocía características principales del RAIS, pues es que no se puede pretender que todos los afiliados al RAIS tengan un extenso conocimiento sobre cuáles son los requisitos, perdón, cuáles son las características que rodean el régimen de ahorro individual con solidaridad, es necesario que sepa lo básico, y que es lo básico pues ella sabía que tenía una cuenta de ahorro individual, que generaba rendimientos, porque ella es contadora, en segundo lugar, recibía los extractos, miraba el valor que iba acumulando, ella misma lo manifestó en el interrogatorio de parte; manifestó que conocía que sus aportes podían ser heredados por sus beneficiarios; manifestó que podía retirar los aportes y que podía pensionarse con anticipación; así mismo, indicó que podía, que recibía, que podía realizar aportes a pensiones voluntarias y que tenía derecho al bono pensional, entonces estas características sinceramente son las que deben conocer un afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad. Entonces, pues no se entiende como simplemente vienen los demandantes en el interrogatorio de parte, dicen que el ISS se iba a acabar, aun conociendo todas estas características y pues lamentablemente siempre se declara la ineficacia del traslado.

Entonces pues, en ese sentido llamo la atención de los magistrados para que se tome en cuenta no solamente debe estudiarse el caso de manera general, no, cada caso es individual y en este caso la señora MACERLY AVENDAÑO LOPEZ, conocía abiertamente cuales eran las características del régimen pensional al cual se encuentra afiliada.

S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 1:28:59, "26AudienciaArt80CPL-Fallo.mp4", expediente digital)

A su turno PORVENIR S.A, solicitó sea revocada la sentencia en su totalidad, afirmando si bien existe un precedente jurisprudencial planteado por la Corte Suprema de Justicia, dicha Corporación ha indicado que tal presupuesto no se debe aplicar de manera homogénea, en todos aquellos procesos que se solicite la nulidad o ineficacia de la afiliación, pues claramente debe haber una similitud en las condiciones fácticas de cada caso, situación que en su sentir en el caso no se presenta, como quiera que la demandante realizó válidamente el traslado de régimen pensional, de manera informada, voluntaria, sin presión de ninguna naturaleza, hecho que además se logró desprender del interrogatorio de parte surtido en audiencia; además se dio con la normatividad que se encontraba vigente para la fecha del traslado, asegurando si bien ese deber de información ha existido desde la creación de los fondos privados, ha tenido un desarrollo tanto legal como jurisprudencial que claramente ha hecho más exigente el deber de información que le correspondía a las mismas con el pasar de los años.

Resalta, que el traslado de régimen pensional de la demandante reviste de validez, pues se cumplió con las obligaciones que le correspondían a la AFP, conforme a los parámetros establecidos en las normas que se encontraban vigentes.

Por otro lado, comenta no entender que la firma en el formulario solamente implique la aceptación de las condiciones del régimen, y que el mismo no denote de manera irrefutable ese conocimiento que tenía la afiliada sobre los beneficios y condiciones del RAIS o que el mismo no sea considerado como una prueba suficiente para acreditar la existencia de esa voluntad libre y consciente de la personas de afiliarse al fondo privado de conformidad con las normas legales vigentes para la data del traslado del régimen, pues se tiene por expresa disposición legal, que era a través

---

Entonces, en ese sentido y pues a juicio de esta apoderada no, al no poder ser posible que se declare una ineficacia del traslado, pues entonces si nos remitimos entonces a los requisitos legales y jurisprudenciales pues tampoco se puede aducir que la demandante tiene derecho a trasladarse de régimen pensional, pues claramente como lo señala la ley 100 de 1993, en el literal e de su artículo 13, pues ya la demandante se encuentra inmersa dentro de esa prohibición, que no le permite trasladarse de régimen pensional, aunado a lo que dice la sentencia de unificación 062 de 2010, emanad de la Corte Constitucional.

Así mismo, y si en gracia de la discusión el Tribunal decidiré confirmar la sentencia que es hay objeto de apelación, se solicita se adicione entonces la misma, en el sentido de ordenar o facultar a COLPENSIONES, para que pueda acudir a la vía judicial en aras de obtener el resarcimiento de daños y perjuicios, ocasionados con la declaratoria de la ineficacia del traslado de la demandante.

En ese sentido dejo expuesto o dejo perdón sustentado mi recurso de apelación muchas gracias."

de dichos formularios, que las AFP cumplen con los deberes de información expuestos por parte del legislador.

Aunado a lo anterior, afirma que la AFP actuó de buena fe objetiva, toda vez que sus actuaciones fueron ejecutadas de conformidad con los presupuestos vigentes para el momento del traslado de régimen, cumpliendo con todas las obligaciones que para la época se encontraban a su cargo, por lo que no existen razones fácticas y jurídicas, que conducen a esa declaratoria de ineficacia del acto jurídico por medio del cual la demandante se trasladó de régimen pensional a través de la AFP PORVENIR S.A.

Añade, respecto a la condena a devolver conjuntamente rendimientos financieros y gastos de administración, que no es coherente que se declare la ineficacia en unos sentidos y en otro no, pues se recuerda que la consecuencia jurídica de dicha figura es declarar que el negocio jurídico jamás fue celebrado, por lo cual, se tendría que los frutos dados por la administración de los recursos de la aquí demandante no se generaron. Así mismo, advierte los rendimientos financieros al ser privativos del RAIS pondrían a la actora en una situación diferente a la que ella se encontraría en caso de haber permanecido afiliada al régimen de prima media, pues recibiría dineros que claramente no se generan en dicho régimen pensional, en contravención de lo establecido por el mismo artículo 897 del código de comercio.

Por último, resalta la ley determinó la posibilidad de destinar del total del monto en aportes realizados al sistema, el 3% para sufragar los gastos de administración, por ser estos la remuneración que reciben los fondos por su debía gestión, por lo cual, insiste no puede ordenarse su reintegro, pues al admitirse tal posibilidad sin ningún tipo de compensación al respecto se estaría avalando un enriquecimiento sin justa causa a favor del sistema, pues se estaría reintegrando con el patrimonio de la sociedad administradora de pensiones del régimen de ahorro individual los gastos de administración, reitera dineros invertidos por la sociedad para poder garantizar la rentabilidad mínima de los aportes que realizó la demandante durante su lapso de vinculación en el RAIS.[2] *(Audiencia virtual Art. 80 C.P.T y la S.S., realizada a*

[2] *"**Apoderada PORVENIR (1:34:58):** Muchas gracias su señoría, por parte de la AFP PORVENIR S.A, de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación en contra de la decisión de instancia, solicitando al honorable Tribunal Superior de Distrito judicial de Bogotá, sala laboral, se sirva a revocar la presente decisión en lo que corresponde a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como las condenas impuestas en contra de mi representada, teniendo las siguientes consideraciones.*

En primer lugar, debe decirse que si bien existe un precedente jurisprudencial planteado por parte de la Honorable Corte Suprema de Justicia, pues esta corporación ha indicado que el mismo no puede aplicarse de

través de la plataforma Microsoft Teams récord 1:34:58, "26AudienciaArt80CPL-Fallo.mp4", expediente digital)

---

manera homogénea, en todos aquellos procesos que se solicite la nulidad o ineficacia de la afiliación, pues claramente debe haber una similitud en las condiciones fácticas de cada caso, situación para que mi representada no se da en el asunto que nos ocupa, como quiera que la demandante realizó válidamente el traslado de régimen pensional, de manera informada, voluntaria, sin presión de ninguna naturaleza por parte de mi representada, hecho que además se logró desprender del interrogatorio de parte surtido en audiencia, y que además todo ello se dio con la normatividad que se encontraba vigente para la fecha del traslado, y que si bien como se ha manifestado, ese deber de información ha existido desde la creación de los fondos privados, pues este ha tenido un desarrollo tanto legal como jurisprudencial que claramente ha hecho más exigente el deber de información que le correspondía a las mismas, con el pasar de los años.

En ese sentido, pues cabe advertir que si existe una obligación para las administradoras del sistema general de pensiones, de entregar una información a quienes pretenden vincularse a esta, es una información necesaria, veraz, y suficiente, pero nada más, es por ello que el traslado de régimen pensional de la aquí demandante, reviste de completa validez, pues se reitera que esta ha cumplido a cabalidad con las obligaciones que le correspondían a mi representada, de información y todo ello también, de acuerdo o conforme a lo estipulado en el decreto 663 de 1993, y la misma ley 100 de 1993, es decir, que los parámetros establecidos en las normas que se encontraban vigentes, y pues debe aclarase que no exigían una información en los términos que fueron declarados en la demanda, y además, argumentados en el fallo de primera instancia.

Por otro lado, también debe decirse que la, no puede entenderse que la firma en el formulario solamente implique la aceptación de las condiciones del régimen, y que el mismo no denote de manera irrefutable ese conocimiento que tenía la afiliada sobre los beneficios y condiciones del régimen del ahorro individual con solidaridad o que el mismo no se ha considerado como una prueba suficiente para acreditar la existencia de esa voluntad libre y consciente de la personas de afiliarse al fondo privado, pues de conformidad con las normas legales vigentes para la data del traslado del régimen, se tiene que por expresa disposición legal, era a través de dichos formularios, las leyendas que se encuentran expuestas, que las AFP cumple con los deberes de información expuestos por parte del legislador.

De conformidad con lo anterior, pues debe decirse que el actuar de la administradora aquí llamada a juicio siempre ha sido de buena fe objetiva, pues todas sus acciones son ejecutadas de conformidad con los presupuestos vigentes para el momento del traslado de régimen, cumpliendo así con todas las obligaciones que para ese entonces se encontraban en su cabeza tanto por mandato legal como reglamentario, por lo que no existen razones fácticas y jurídicas, que conducen a esa declaratoria de ineficacia del acto jurídico por medio del cual la demandante se trasladó de régimen pensional a través de la AFP PORVENIR S.A.

Ahora, en lo que respecta a la condena a devolver conjuntamente rendimientos financieros y gastos de administración, mi representada se debe apartar respetuosamente de la misma, pues no es coherente que se declare la ineficacia en unos sentidos y en otro no, pues se recuerda que la consecuencia jurídica de esta figura tal y como lo ha manifestado la misma Corte Suprema de Justicia, es declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás, en ese sentido se tendría que los frutos dados en por la administración de los recursos de la aquí demandante por parte de mi representada tampoco se han generado. Así mismo, cabe advertir que los rendimientos financieros al ser privativos del régimen de ahorro individual con solidaridad pondrían a la aquí demandante en una situación diferente a la que ella se encontraría en caso de que hubiera permanecido afiliada al régimen de prima media, pues recibiría dineros que claramente que no se generar en este régimen pensional, yendo así en clara contravención de lo establecido por el mismo artículo 897 del código de comercio.

Por otro lado, y como quiera que la misma ley la que concedió la posibilidad de destinar del monto, del total del monto en aportes realizados al sistema, ese 3% para sufragar los gastos de administración y por ser estos mismos la remuneración que reciben los fondos por su debía gestión no puede ordenarse el reintegro de los mismos, pues al admitirse tal posibilidad sin ningún tipo de compensación al respecto se estaría avalando un enriquecimiento sin justa causa a favor del sistema, que se verá beneficiado con tal situación, pues se estaría reintegrando con el patrimonio de la sociedad administradora de pensiones del régimen de ahorro individual los gastos de administración, dineros estos, que se reitera fueron invertidos por la sociedad para poder garantizar la rentabilidad mínima de los aportes que realizó la aquí demandante durante su lapso de vinculación a mi representada.

Es por tondo lo anterior que solicito al Honorable Tribunal Superior de Bogotá sala laboral, revocar la sentencia de instancia respecto a la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional efectuado por la demandante, las condenas impuestas en contra de mi representada. Muchas gracias."

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda *(Página 6, archivo "01Demanda.pdf", expediente digital)* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo *(Páginas 6 a 12, archivo "01Demanda.pdf", expediente digital),* aspirando se declare fue inducida a error por parte de PORVENIR S.A, al no ser informada suficiente, veraz e idóneamente sobre las eventuales condiciones pensionales; se declare dicha AFP incumplió su deber profesional de informar, omitió suministrar la información mínima para el traslado de régimen; en consecuencia se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS a través de PORVENIR, se condené a esta última a trasladar la totalidad del ahorro obrante en la cuenta de ahorro individual de la actora, incluidos los rendimientos con destino a COLPENSIONES, lo ultra y extra petita y las costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, ordenando a PORVENIR S.A. a trasladar los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado; se ordenó a la AFP incluir todos los gastos de administración y comisiones que se hubieren descontado de los aportes pensionales de la actora, valores que deben ser reintegrados y devueltos a COLPENSIONES debidamente indexados. Ordenó a esta última entidad a recibir sin solución de continuidad como afiliada al RPM a la demandante desde su afiliación inicial al ISS. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en

vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[3].

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 01 de septiembre de 1962 (*Página 4, archivo "17PruebasyAnexosPorvenir.pdf", expediente digital)* por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado por primera vez mediante formulario de afiliación ante COLPENSIONES el 12 de octubre de 2018 *(Página 44, archivo "01Demanda.pdf", expediente digital)*, esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho pensional –tenía 56 años- y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba con 654,57 semanas cotizadas a Colpensiones, que corresponden a 12,5 años (*Página 50, archivo "16ContestaciónColpensiones.pdf", expediente digital - historia laboral*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **27 de septiembre de 2005** con fecha de efectividad a partir del **1° de noviembre de 2005** *(Página 2, archivo "17PruebasyAnexosPorvenir.pdf, expediente digital),* por afiliación que hiciera a PORVENIR S.A, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP, expedida por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada y que ésta fue verdaderamente

---

[3] *En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".*

autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal información debe ser objetivamente verificable, en el entendido de que aquél debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión *"libre y voluntaria*" contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura.

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

> *"Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.*
>
> *Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute**, es eficaz**, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima*.
>
> *Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*
>
> *El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias."*

En tal sentido, *"es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez"* (SL1688 de 2019).

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto,

retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc[4], en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

> *"(…)*
> *De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:*
>
> *Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).*
>
> *En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*
>
> ***Entonces, según la norma precedente, 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."*

Frente a este respecto, además, esa alta Corporación en sentencia SL-1948 de 2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (*vuelta al status quo ante*, art. 1746 CC). Así, discurrió

> ***"1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen***
>
> *Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.*
>
> *Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (…) LILIANA ANGULO RUIZ*

[4] *Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020*

como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».

De ahí que le corresponda a la Sala precisar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto.

Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC).

[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral […] la afiliación respectiva quedará sin efecto».

Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019).

En ese orden, no se trata de analizar la presencia de vicios que conlleven a la nulidad del negocio jurídico, sino de establecer el cumplimiento del deber de información como condición de eficacia del traslado de régimen pensional, razón por la cual, no se requiere la acreditación en este juicio de la presencia de vicios que invaliden el consentimiento.

Ahora bien, sobre esta temática igualmente, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las

diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado,* por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la actora al Fondo accionado PORVENIR S.A..

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011[5], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más recientemente en

---

[5] *"Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.*

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la "ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA", en donde se señala una mesada pensional de $900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el "RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL", es de $1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

"Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

"En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

"Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

"Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

"El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.
"(...).
"Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

"Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

"Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

"La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

"La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

"Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

"Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

"Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

"En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña".

"Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la

las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

> *"(…)* ***Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.***
> *(…)*
> *Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*
> *(…).*
> *Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, 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.*
>
> ***Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego.*** *A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (…)"*

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita

---

ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales".

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta 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.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

el suministro de información a la accionante cuando efectuó el tránsito entre regímenes en los términos aquí referidos, pues en manera alguna se evidencia en el plenario que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante[6], no acreditan de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que a la compañía donde laboraba, llegaron asesores de fondos los cuales le indicaron que el ISS se iba acabar, que con los fondos privados podría pensionarse de manera anticipada, que los aportes podrían ser heredables en caso de su fallecimiento, pero no informaron nada más, únicamente le brindaron información sobre los beneficios de tal régimen.

Tampoco luce acreditado con el interrogatorio del representante legal[7] de la demandada PORVENIR, pues se limitó a indicar que los asesores son permanentemente capacitados para brindar información idónea, completa y veraz a los afiliados, por lo cual es una obligación brindar la asesoría de manera verbal para esa época, además que el formulario de afiliación era el único documento que se suscribía.

Nótese, de lo relatado por la demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que en su momento PORVENIR haya cumplido con su obligación de buen consejo, pues lo único que advierte la Sala es una labor de publicidad y promoción de los fondos privados donde se enfatizó en las supuestas bondades del RAIS y la posibilidad de recibir beneficios económicos por la decisión de vinculación que tomaran los potenciales afiliados, sin que en esa labor se tomará en cuenta la responsabilidad social que tenían las AFP desde su creación.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A. *(Página 4, archivo "17PruebasyAnexosPorvenir.pdf", expediente digital),* este no constituyen en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz

[6] Audiencia virtual del 07 de abril de 2022, récord 06:19
[7] Audiencia virtual del 07 de abril de 2022, récord 27:05

en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

Respecto al comunicado de prensa *(Páginas 49 a 51, archivo "17PruebasyAnexosPorvenir.pdf", expediente digital),* es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara a la afiliada una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora – PORVENIR- no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características, en tanto ni siquiera contestó la demanda.

Aquí también debe resaltar esta Sala, el deber de información existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y por ende de los fondos privados se estableció en cabeza de éstos el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así, por ejemplo, en sentencia SL1688-2019 reiterada en la SL-3708-2021 y SL-3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

> ***"1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.

1.2

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

…

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Además, ilustró las diferentes etapas del deber de información, así:

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 1.° 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 3.°, 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 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Como se ve, ya para el año 2005, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR S.A., omitió en el momento del traslado de régimen**, 27 de septiembre de 2005 efectivo el 1° de noviembre de 2005** el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar, no tiene incidencia alguna que la actora no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen. Al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR como actual administradora de pensiones a la

que se encuentra afiliada la actora, de todos los costos cobrados y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Asimismo, advierte la Sala, en relación con los argumentos de apelación de PORVENIR, relacionados con los gastos de administración, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

> *"Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.*
>
> *[…]*
>
> *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 ésta 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.***
> *Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada."*

Igualmente, en la sentencia SL1421-2019, Radicación N° 56174 del 10 de abril de 2019, se expuso:

> *"Conforme a lo establecido en sede de casación, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, que la actora jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de igual forma, que el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 (...)".*

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES[8], a favor de quien se surte la consulta *(página 39 a 41, archivo "16ContestaciónColpensiones.pdf", expediente digital),* basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Es de anotar en este punto, dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración y demás restituciones, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción.

Sobre esto último, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2611, Radicación N° 67972 del 1° de julio de 2020, señaló que las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones, hace inoperante dicho fenómeno extintivo frente a los mismos. Puntualmente dijo esa Corporación:

> *"...recientemente, en la sentencia CSJ SL1421-2019, tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto, sosteniéndose que en materia del derecho del trabajo y la seguridad social, las disposiciones que gobiernan la extinción de la acción son los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, que consagran un periodo trienal para que*

[8] Se estudia la excepción a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda.

opere ese fenómeno; sin embargo, se adujo que tal normativa no resulta aplicable a los casos de ineficacia del traslado, por cuanto se trata de una pretensión de carácter declarativa, que es precisamente lo que sucede en el sub examine, en la aludida providencia se dijo:

Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que ***las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo,*** *en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.*

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el trascurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.

Conforme a lo discurrido, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, (…)" (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Finalmente, en lo que toca a la solicitud de COLPENSIONES de autorizarla a obtener por las vías judiciales el valor de los perjuicios ocasionados, la misma se torna improcedente como quiera que ello lo puede efectuar sin que medie orden alguna a través de la presente decisión, aunado a que tal aspecto no fue objeto del debate probatorio pues ninguna pretensión se erigió tendiente a obtener el pago de este concepto a favor de esa administradora, así como tampoco fue propuesta dicha temática a lo largo del juicio por ese extremo procesal.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado de conformidad con las precisiones señaladas.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de los expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LWDWING RUBIANO RAMÍREZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A Y PORVENIR S.A. (RAD. 07 2020 00484 01)

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Reconocer personería adjetiva al abogado JHEISSON SANTIAGO GARZON PIAMONTE, como apoderado sustituto de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA, en su calidad de representante legal de la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S (fl. 5)

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por COLPENSIONES, PORVENIR S.A, (fls. 4 a 31), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y por las demandadas PORVENIR S.A y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez 7° Laboral del

Circuito de Bogotá D.C., el 27 de abril de 2022 *(Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 35:30, archivo "036AudienciaFallo.mp4, expediente virtual),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por el señor demandante LWDWING RUBIANO RAMÍREZ con la AFP PORVENIR SA el 9 de mayo de 2003 contenida en el formulario No. 01851656 y con la AFP COLFONDOS SA el 9 de octubre de 2003 contenida en el formulario No. 8389322***.**
>
> ***SEGUNDO: ORDENAR** a COLFONDOS a trasladar la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular, 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 y PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los descuentos realizados de los aportes pensionales al demandante mientras estuvo afiliado a esos fondos privados, tales como gastos de administración, comisiones o cualquier otro emolumento que se hubiesen descontado de los aportes pensionales, valores que debe ser reintegrados y devueltos a COLPENSIONES debidamente indexados a título de actualización monetaria.*
>
> ***CUARTO: ORDENAR** a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como su afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al señor demandante desde su afiliación inicial al Instituto de Seguros Sociales en 1998.*
>
> ***QUINTO:** Dadas las resultas del proceso **SE DECLARAN NO PROBADAS** las excepciones propuestas por COLPENSIONES, COLFONDOS y PORVENIR.*
>
> ***SEXTO:** Las costas son a cargo de COLFONDOS y PORVENIR. Las agencias en derecho se tasan a favor del demandante en 2 SMMLV, al momento del pago, a cargo de cada fondo privado. NO HAY CONDENA en costas contra COLPENSIONES.*
>
> ***SÉPTIMO: ORDÉNESE** la consulta de esta sentencia a favor de COLPENSIONES como entidad garantizada por la Nación y a fin que el superior revise la legalidad de lo decidido".*

Inconforme con la decisión, los apoderados de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y del demandante la apelaron.

En primer lugar, el apoderado de COLPENSIONES, indicó respecto a la carga de la prueba en este tipo asuntos, los vicios de error, fuerza y dolo deben ser demostrados por la parte que los alega, que para este caso es la parte demandante, que tiene no cumplió con la carga en este sentido. Estimó desproporcionado imponer esta carga a las AFPS y a COLPENSIONES; en el presente caso el

traslado de régimen se dio en el año 1995, lo que hace imposible demostrar las circunstancias que lo rodearon, máxime cuando para entonces no era obligatorio dejar registro documental en este sentido.

Añadió, imponer condena en costas y agencias en derecho en segunda instancia, conllevaría un detrimento patrimonial para la entidad, por lo que solicitó se absuelva a su representada de todas las condenas que le fueron impuestas[1]*(Audiencia virtual*

[1] *"**Apoderado COLPENSIONES (37:24):** Muchas gracias señor juez, encontrándome dentro de la oportunidad procedo a presentar recurso de apelación sobre el fallo proferido el día de hoy. En cuanto a las consideraciones expuestas por el señor juez, sobre la carga de la prueba, tenemos que a partir del artículo 167 código general de proceso, reza al siguiente tenor "Artículo 167: La carga de la prueba incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen." En ese sentido, el honorable tribunal en varios pronunciamientos ha puesto de presente este artículo, como en las sentencias con ponencia del magistrado Carlos Andrés Vargas el pasado 10 de octubre de 2017, proceso 19 2015 0915 frente a la carga de la prueba en este tipo de procesos. Manifestó:*

"Los vicios de error, fuerza y dolo deben ser demostrados por las partes que los alega, y de manera alguna puede trasladarse la carga a la entidad de quien no actuó con dolo, de lo anterior de conformidad con el artículo 167 del código general del proceso, las partes tiene la obligación de probar los supuestos fácticos que fueron de sus alegaciones, según el extremo que ocupan.

En el mismo sentido la sentencia con radicado 07 2015 0822 01, con fecha del 25 de octubre de 2017, del Tribunal superior de Bogotá con ponencia del magistrado Manuel Serrano Baquero, en la que manifestó, sobre los vicios del consentimiento que ella presentó al suscribir el traslado de régimen, por error inducido, fuerza o por dolo, estima la sala que no se aportaron las pruebas pertinentes, y suficiente por quien tenía la carga procesal. La parte demandante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 167 del código general del proceso, se debe recordar además frente a los argumentos expuestos en esta audiencia, que las consecuencias del traslado de régimen las define la ley claramente, y por ello cualquier duda interpretativa de las normas, constituía un error de derecho, que no tenía alcance para viciar el consentimiento según lo dispone el artículo 1509 del código civil, menos aún para las personas como el demandante, que efectuaron traslados sucesivos en diferentes fondos de pensiones".

Conforme a la jurisprudencia ya citada, le compete aquí al demandante demostrar cuales fueron los vicios del consentimiento alegado, no bastando para ello la simple afirmación del demandante. Cabe advertir que resulta desproporcional colocar la carga de la prueba con las AFP en el caso en particular en COLPENSIONES, que en los casos que se ha declarado la nulidad es la más afectada en lo ateniente al sistema pensional, máxime cuando la afiliación se dio en el año 95, queriendo decir que han transcurrido 20 años a la fecha, configurándose imposible probar las circunstancias que rodearon la suscripción del traslado, fecha para la cual no era obligatorio dejar un registro documental de la misma, por lo cual es completamente aplicable en estos casos el principio que reza, nadie está obligado a lo imposible, luego entonces al haber efectuado el actor su pretensión en hechos de haber sido engañada por los asesores de la AFP, de los fondos privados en los cuales ha estado afiliado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1516 del código civil, y 167 del código General del proceso le correspondía probar dicha afirmación, lo que brilla por su ausencia en el presente caso.

De la misma, razón en condenar en costas y agencias en derecho en segunda instancia, se procedería a presentar un detrimento patrimonial al fondo, por lo anterior, le solicito a los honorables magistrados de la sala laboral de Bogotá se revoque la sentencia y se absuelva a mi representada de cada uno de los numerales. Muchas gracias señor juez.

realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 37:24, archivo "036AudienciaFallo.mp4, expediente virtual).

La apoderada de PORVENIR S.A., apeló la decisión, refirió, si bien es cierto, existe un precedente jurisprudencial planteado por la Corte Suprema de Justicia, éste no puede aplicarse de manera a todos los procesos en que se pretenda la ineficacia del traslado por incumplimiento del deber de información. Consideró, en el presente caso el demandante se trasladó válidamente de régimen pensional; en forma informada, voluntaria y sin presiones, conforme la normativa vigente para la fecha del traslado, que no exigía el suministro de una información en los términos reclamados en la demanda.

En relación con la condena por concepto de gastos de administración, rendimientos financieros y seguros previsionales, manifestó se aparta de lo decidido por el a quo, porque no es coherente que se declare la ineficacia ex tunc en unos aspectos y en otros no; recordó que la misma Corte Suprema de Justicia que la consecuencia de la ineficacia del traslado es declarar que el negocio jurídico no se celebró jamás y por tanto, los frutos generados por la administración de los recursos del demandante por parte de esa demandada tampoco se generaron, los que además, hubieran sido inferiores en el régimen de prima media.

Frente a los gastos de administración, señaló que estas sumas ya fueron invertidas en la forma exigida por la ley y no se encuentran en poder de su representada. A su juicio la devolución de este concepto resulta improcedente de conformidad con lo preceptuado por la Superintendencia Financiera; en igual sentido, los aportes con destino a los seguros de invalidez y sobrevivencia fueron trasladados a las aseguradoras con las que se tiene contratada la cobertura de estos riesgos, por lo que tampoco resulta procedente su devolución. Finalmente solicitó se releve a su representada de la condena en costas que le fue impuesta.[2] *(Audiencia virtual*

---

[2] *"**Apoderada PORVENIR (40:22):** Muchas gracias su señoría, de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia, solicitando al Honorable Tribunal Superior de Bogotá sala laboral, se sirva revocar la presente decisión en lo que corresponde a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, del demandante al RAIS, perdón, así como las condenas impuestas en contra de la AFP PORVENIR conforme las siguientes consideraciones:*

En primer lugar, debe decirse que, si bien existe un precedente jurisprudencial planteado por parte de la Honorable Corte Suprema de Justicia, también la misma corporación ha indicado que el mismo no puede aplicarse de manera homogénea, a todos los procesos que se solicite la ineficacia de la afiliación, por incumplimiento del deber de información ya que debe existir una similitud en las condiciones fácticas de cada caso, situación que para mi representada no se da en el presente asunto, pues el demandante realizo válidamente todo su traslado de régimen pensional, de manera voluntaria, sin presiones, informada, todo esto de conformidad con la normatividad vigente para el momento del traslado, el cual debe aclararse no exigía una información en los términos que fueron reclamados en la demandada y argumentados en el fallo de primera instancia, pues se reitera que es información tan rigurosa solo vino a ser determinada con mucha posterioridad con la expedición de la ley 1748 de 2014 y el decreto 2071.

Ahora en lo que respecta a la condena de devolver conjuntamente los rendimientos financieros, gastos de administración y seguros previsionales, mi representada se debe apartar respetuosamente de esta condena, pues bien no es coherente que se declare la ineficacia ex tunc en unos sentidos y en otro no, como quiera que se recuerda que la consecuencia de la aplicación de dicha figura tal y como lo ha manifestado la misma Corte Suprema de Justicia, es "declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás, en ese sentido se tendría que los frutos dados en por la administración de los recursos del demandante por parte de mi representada tampoco se generaron. Así mismo, cabe advertir que los rendimientos financieros al ser privativos del régimen de ahorro individual pondrían al demandante en una condición diferente a la que ella se encontraría si perteneciera al régimen de prima media, dado que recibiría dineros que claramente que no se generar en este régimen pensional, en clara contravención de lo establecido por el mismo artículo 897 del código de comercio.

Por otro lado, en lo que respecta al traslado de las sumas correspondientes a los gastos de administración, debe decirse que dichos montos tienen por mandato legal una destinación especifica, que en este caso cumplió plenamente su cometido periodo en el cual el demandante ha mantenido su vinculación con el régimen de ahorro individual, de tal suerte que estas sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma exigida por la ley, y no se encuentran ya en poder de mi representada, pues fueron destinadas a cubrir todos los gastos que ha implicado la correcta administración de los recursos aportados a la cuenta individual del demandante.

En línea con todo lo señalado anteriormente, debe señalarse que la devolución de los gastos de administración resulta improcedente de conformidad con lo conceptuado por la superintendencia financiera de Colombia encargada de vigilar entre otras a las administradoras de fondo de pensiones y que cuenta dentro de sus facultades la de emitir conceptos doctrinales, respecto de los temas de su competencia, al señalar dicho ente que el traslado de regímenes pensionales debe efectuarse de conformidad con la norma específicamente prevista para ello, que lo es el artículo 7 del decreto 3995 de 2008, disposición normativa que debe aplicarse en todos los caso que por cualquier circunstancia sea necesario efectuar el traslado de recursos, lo que desde luego incluye la restitución que deben hacerse cuando se ordenan la nulidad o la ineficacia del traslado.

Consideramos entonces que existiendo una norma que regula la situación no se ve ninguna razón atendible para apartarse de ella, e incluir conceptos que no contiene y que, por razones lógicas, no pueden trasladarse.

Así mismo, en lo que corresponde a los aportes con destino de seguros de invalidez y sobrevivencia debe tenerse en cuenta que estos dineros fueron trasladados a las respectivas aseguradoras contratadas por mi representada y con los cuales el demandante tuvo cobertura durante toda la afiliación frente a los riesgos de invalidez y muerte, es decir, cumplieron la finalidad establecida en la ley, por lo que tampoco procede la devolución de dichos montos.

Por último, y en lo que corresponde a las agencias en derecho, debe aclararse que declara la ineficacia del traslado de régimen y la consecuente devolución de los valores que fueron condenada mi representada, por consiguiente, deberá desestimarse la condena en costas.

realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 37:24, archivo "036AudienciaFallo.mp4, expediente virtual).

A su turno, el apoderado del demandante, interpuso recurso de apelación únicamente respecto de la absolución de COLPENSIONES respecto a las costas procesales. En este sentido resaltó que el artículo 365 CGP establece que todo aquel que es vencido en un proceso judicial debe ser condenado en costas y por tanto no hay lugar a relevar a la entidad de ese concepto.[3] *(Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 45:03, archivo "036AudienciaFallo.mp4, expediente virtual).*

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (archivo 02. Escrito de Demanda.pdf *folios 19 a 22*, expediente digital, las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 2 a 4 ibidem), aspirando se declare la nulidad e ineficacia del traslado de régimen efectuado por el demandante ante la omisión de COLFONDOS al deber de

---

Es por todo lo anterior su señoría que solicito respetuosamente al Honorable Tribunal superior de Bogotá revocar la sentencia de instancia respecto a las condenas impuestas en contra de la AFP PORVENIR. Muchas gracias.

[3] *"**Apoderado demandante (45:03):** Gracias su señoría, el apoderado de la parte demandante esta conforme con la decisión, pero presenta el recurso de apelación solo y exclusivamente en relación a la excepción de aplicarle a la demandada COLPENSIONES la condena en costas. Por lo tanto, le solicito al Tribunal, presentó el recurso de apelación solamente en ese ítem y le pido al Tribunal que revoque este ítem señalado por el despacho, en relación a que si debe condenarse en costas a COLPENSIONES, no por el argumento dado por el despacho, en el cual señala que no se condena en costas porqu8e no participo en el negocio jurídico o en el acto del traslado, sino su señoría consideró que debe condenarse en costas porque la misma norma del Código General del proceso en su artículo 365 es clara, cuando señala que todo aquel que es vencido dentro de un proceso judicial debe ser condenado en costas, más aun cuando la demandada COLPENSIONES, se opone a las pretensiones del demandante pese a que no haya participado en dicha actividad, porque también le asistía para la data una responsabilidad de que los afiliados se les respetará y se les garantizaran los derecho pensionales, por lo tanto, con base en el artículo ya mencionado con antelación, consideró que el Tribunal debe revocar dicha situación y condenar a COLPENSIONES a pagar las costas del proceso su señoría. En lo demás la parte demandante está de acuerdo con la parte resolutiva de la sentencia. Gracias su señoría.*

información; en consecuencia, se ordene a COLFONDOS S.A. a restituir a COLPENSIONES todos los valores consignados en la cuenta de ahorro individual del demandante por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos y sumas adicionales de la aseguradora; se ordene a COLPENSIONES recibir al actor, así como los valores obtenidos mientras estuvo afiliada en el RAIS; lo ultra y extra petita y las costas del proceso. Mediante auto de 1° de septiembre de 2021, el juzgado ordenó vincular a la AFP PORVENIR S.A.

Obtuvo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado realizado por el demandante a la AFP PORVENIR S.A. el 9 de mayo de 2003 y a AFP COLFONDOS S.A. el 9 de octubre de 2003, se condenó a COLFONDOS S.A a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos sus rendimientos; se condenó a COLFONDOS Y PORVENIR a devolver el valor de los gastos de administración y comisiones que se hubieran descontado de los aportes al demandante, debidamente indexados, se ordenó a COLPENSIONES a aceptar al afiliado sin solución de continuidad desde su afiliación inicial al ISS. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, las demandadas no lograron acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con el demandante al momento del traslado.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[4].

[4] *En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".*

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 14 de abril de 1967 *(Página 9 archivo 04 expediente digital),* por lo que a 1° de abril de 1994 contaba con 27 años y la edad de 62 años, la alcanzará el mismo día y mes del año 2029, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 28 de septiembre de 2020 *(Páginas 16 archivo 04 expediente digital)* esto es, cuando le faltaban menos de diez años para adquirir el derecho pensional - tenía 53 años- y de otra parte, no contaba con ninguna cotización a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994 -, *(Página 28, archivo 09 expediente digital),* por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 9 de mayo de 2003, por afiliación que hiciera a PORVENIR S.A. específicamente conforme a la información consignada en formulario de afiliación suscrito con esta entidad *(archivo 22. ContetaciónPorveir.pdf, folios 37 a 39, expediente digital).*

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada y que ésta fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal información debe ser objetivamente verificable, en el entendido de que aquél debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro..

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión *"libre y voluntaria*" contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura.

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

> *"Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.*
> *Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute**, es eficaz**, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima. Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*
>
> *El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias."*

En tal sentido, *"es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez"* (SL1688 de 2019).

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc[5], en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

> *"(…)*
> *De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo*

[5] *Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020*

a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

> *Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).*
>
> *En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*
>
> ***Entonces, según la norma precedente, 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."*

Frente a este respecto además, esa alta Corporación en sentencia SL-1948 de 2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (*vuelta al status quo ante*, art. 1746 CC). Así, discurrió

> *"**1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen***
>
> *Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.*
>
> *Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (…) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».*
>
> *De ahí que le corresponda a la Sala precisar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto.*
>
> *Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la*

> *ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC).*
>
> *[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]*
>
> *Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral […] la afiliación respectiva quedará sin efecto».*
>
> *Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019)".*

En ese orden, no se trata de analizar la presencia de vicios que conlleven a la nulidad del negocio jurídico, sino de establecer el cumplimiento del deber de información como condición de eficacia del traslado de régimen pensional, razón por la cual, no se requiere la acreditación en este juicio de la presencia de vicios que invaliden el consentimiento.

Ahora bien, sobre esta temática igualmente, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los

términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado,* por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** del actor al fondo accionado PORVENIR S.A.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011[6], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más recientemente en

[6] *"Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba*

amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la "ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA", en donde se señala una mesada pensional de $900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el "RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL", es de $1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

"Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

"En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo,

pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

"Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

"Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

"El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.

"(…).

"Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

"Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

"Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

"La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras

de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

"La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

"Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

"Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

"Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

"En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña".

"Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales".

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar,

las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

> *"(…)* ***Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.***
>
> *(…)*
>
> *Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*
>
> *(…).*
>
> *Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, 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.*
>
> ***Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego.*** *A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (…)"*

---

declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta 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.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen el demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información en los términos aquí referidos, pues en manera alguna se evidencia en el plenario que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante[7] no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que es médico cardiólogo, que estuvo afiliado al Instituto de Seguros Sociales y luego a un fondo privado, no recuerda bien a cual fondo hizo su traslado inicial porque cuando se vinculaba a trabajar a una clínica, el empleador le hacía firmar los documentos de afiliación pero él no reparaba en eso porque la intensidad de su trabajo no se lo permitía, ni le daban explicaciones al respecto. Nunca le dio importancia a ese aspecto hasta hace dos años cuando solicitó información para su pensión. Resaltó que no recuerda haber recibido ningún tipo de asesoría por parte de Porvenir o de Colfondos.

Valga anotar, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A *(archivo 22. ContetaciónPorveir.pdf, folios 37 a 39, expediente digital)* este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba ad substantiam actus, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

Respecto al comunicado de prensa *(archivo 22. ContetaciónPorveir.pdf, folios 47 a 49, expediente digital),* es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este

[7] Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams el 19 de abril de 2022 récord 14:30, archivo "32AudienciaArt80CPL-Requiere.mp4", expediente digital.

proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora –PORVENIR S.A- no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración a la demandante al momento de trasladarse, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se deja constancia expresa en el sentido de su decisión de vincularse a esa AFP de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.

Aquí también debe resaltar esta Sala, el deber de información existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y por ende de los fondos privados se estableció en cabeza de éstos el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así por ejemplo, en sentencia SL1688-2019 reiterada en la SL-3708-2021 y SL-3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

> ***"1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***
>
> ***1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.***
> *El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el*

Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.
…
En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Además, ilustró las diferentes etapas del deber de información, así:

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 1.° 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 3.°, 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 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Como se ve, ya para el año 2003, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futuro afiliado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen **(9 de mayo de 2003),** el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar, no tiene incidencia alguna que el actor no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen. Al

respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

Tampoco incide el hecho que el demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (*Página 161, archivo "18.ContestaciónColfondos.pdf", expediente digital),* en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual.

Con relación a los actos de relacionamiento como indiciarios de la ratificación de la voluntad de permanecer en el RAIS a la que se ha hecho referencia, la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en señalar que no puede entenderse que los posteriores traslados entre administradoras configuran un acto relacionamiento que demuestre la voluntad de permanecer en el régimen de ahorro individual, Recientemente reiteró esta postura en sentencia SL 1055-2022 radicación 87911 de 2 de marzo de 2022, insistiendo en que ello no desvirtúa el hecho del incumplimiento frente al deber de información. Textualmente señaló lo siguiente:

> *Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.*
>
> *Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.*
>
> *De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de*

> *permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.*
>
> *Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.*
>
> *Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.*

Bajo tal orientación, en tratándose de la ineficacia del traslado, como ya se anotó, no resulta relevante los traslados efectuados por el afiliado dentro del mismo régimen.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de COLFONDOS S.A, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración y porcentajes correspondientes a invalidez y sobrevivientes (comisiones) y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Conviene anotar igualmente, en autos no tiene relevancia lo atinente a la financiación del sistema, o que el demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues es suficiente indicar en este punto, no se está avalando el tránsito de un régimen a otro sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva a retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante.

Asimismo, advierte la Sala, en relación con los argumentos de apelación de PORVENIR S.A. relacionados con los gastos de administración, resulta que estos

surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación del actor vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

> *"Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.*
>
> *[…]*
>
> *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 ésta 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.***
>
> *Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada."*

Igualmente, en la sentencia SL1421-2019, Radicación N° 56174 del 10 de abril de 2019, se expuso:

> *"Conforme a lo establecido en sede de casación, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de*

> *ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, que la actora jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de igual forma, que el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 (...)".*

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES[8] *(archivo 16. ContetaciónColpensiones.pdf, folio 56, expediente digital)* entidad a favor de quien se surte la consulta, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática. Es de anotar en este punto, dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración y demás restituciones, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción.

Sobre esto último, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2611, Radicación N° 67972 del 1° de julio de 2020, señaló que las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones, hace inoperante dicho fenómeno extintivo frente a los mismos. Puntualmente dijo esa Corporación:

> *"…recientemente, en la sentencia CSJ SL1421-2019, tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto, sosteniéndose que en materia del derecho del trabajo y la seguridad social, las disposiciones que gobiernan la extinción de la acción son los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, que consagran un periodo trienal para que opere ese fenómeno; sin embargo, se adujo que tal normativa no resulta aplicable a los casos de ineficacia del traslado, por cuanto se trata de una pretensión de carácter declarativa, que es precisamente lo que sucede en el sub examine, en la aludida providencia se dijo:*
>
> > *Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código*

[8] Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 12 de octubre de 2021, (archivo 23.Auto tiene por contestada y fija fecha.pdf", expediente digital)

> *Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que* ***las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo,*** *en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.*
>
> *De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el trascurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.*
>
> *Conforme a lo discurrido, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, (…)"* (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Finalmente, respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte del demandante, así como de COLPENSIONES y PORVENIR, téngase en cuenta que el legislador nacional ha acogido el criterio objetivo, en virtud del cual, las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el numeral 1º del artículo 392 del C.P.C, ahora artículo 365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual *"se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (…)"*, sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, por manera que al haber sido desfavorable la sentencia de primer grado a la parte demandada , lo atinente a derecho es que sean condenadas en costas, iterando, la única valoración a tener en cuenta en este aspecto, es las resultas del proceso, por lo que se confirmará la sentencia de primer grado en cuanto a las condenas impuestas a PORVENIR Y COLFONDOS y se revocará la absolución por este concepto a COLPENSIONES, y en su lugar se condenará también a esta entidad al pago de las mismas a favor del demandante.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme las motivaciones que preceden, se revocará la absolución en costas a COLPENSIONES y se le impondrá condena por este concepto, confirmando la decisión de primer grado en lo demás.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de los expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

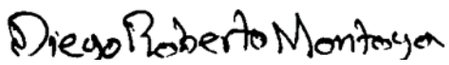
R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral SEXTO de la sentencia apelada y consultada y **CONDENAR** en costas de primera instancia también a la demandada COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo (7) Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

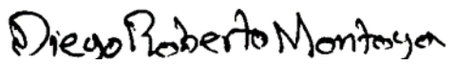
PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR DIANA JEANNETTE CORTÉS SALAZAR CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. (RAD. 08 2020 00199 01)

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Reconocer personería adjetiva al abogado DANIEL FELIPE RAMIREZ SANCHEZ, como apoderado sustituto de PORVENIR S.A, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por ANGELICA MARIA CURE MUÑOZ, en su calidad de profesional adscrita a la sociedad GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S (fls. 8)

Se reconoce personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA CAMILA BEDOYA GARCÍA en su calidad de apoderada de la entidad ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS (fl. 17).



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante, PORVENIR S.A y COLPENSIONES (fls. 4 a 26), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuestos por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta última, contra la sentencia proferida por la Juez Octava (8) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el 24 de marzo de 2022 (*Audiencia virtual, récord 37:41, carpeta 23Audiencia24mar22, expediente digital),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado de la señora DIANA YANETH CORTES SALAZAR, realizado del régimen de prima media al RAIS, acaecido el día 30 de junio del año 2000, mediante su afiliación a PORVENIR por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a COLPENSIONES, a admitir el traslado de régimen pensional de la señora DIANA YANETH CORTES SALAZAR.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** a la demandada PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación de la señora DIANA YANETH CORTES SALAZAR tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados, y sumas adicionales con los respectivos intereses. Esto es, con los rendimientos que se hubieran causado de conformidad con las motivaciones expuestas.*
>
> ***CUARTO: CONDENAR** a COLPENSIONES, aceptar todos los valores que devuelva PORVENIR y que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante y efectuar todos los ajustes en la historia personal laboral de la demandante.*
>
> ***QUINTO:** Sin condena en costas en esta instancia ante su no causación*
>
> ***SEXTO:** Como quiera que esta decisión resulta adversa a los intereses de COLPENSIONES, se remitirán las presentes diligencias al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad".*

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la demandada PORVENIR S.A. la apeló, señalando que su representada cumplió con el deber de información, en los términos de la normatividad que estaba vigente para la época en que se hizo efectivo el traslado de la demandante; la Superintendencia Financiera ha enfatizado en que la obligación de otorgar información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto a las condiciones de afiliación, nace a partir del Decreto 2241 de 2010.

En relación con los gastos de administración y primas de reaseguros, recordó que Porvenir ha descontado a la demandante estos conceptos conforme lo ordenado

en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993; añadió, estos descuentos tienen como finalidad cubrir las contingencias de invalidez y muerte, de modo que la actora desde el año 2000 estuvo cobijada por su representada ante dichos eventos, razón por la que no entiende que deba hacerse devolución de dichos conceptos indexados a Colpensiones[1] (*Audiencia virtual, récord 39:02).*

---

[1] **Apoderado PORVENIR S.A. (39:02):** *Muchas gracias, encontrándome dentro de la oportunidad procesal pertinente procedo a presentar recurso de apelación frente a la totalidad de la sentencia que acaba de proferir el despacho teniendo en cuenta los siguientes argumentos que acreditan el motivo de inconformidad con la mencionada providencia. En primer lugar respecto al deber de información me permito destacar que mi representada cumplió con el mismo de conformidad con la normatividad que se encontraba vigente para la época, la cual no exigía una constancia de carácter escritural de lo informado al afiliado. Para ello es importante mencionar que solo fue con la expedición del Decreto 2555 del año 2010 el 2071 del año 2015 y la ley 1748 de 2014 que las administradoras de fondos de pensiones adquirieron en su cabeza la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público en general. En la misma línea el ente gubernamental que se encarga de realizar la vigilancia respecto de las administradoras de fondos de pensiones ha sido enfático en señalar que la obligación de otorgar información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto a las condiciones de su afiliación nace al ordenamiento jurídico únicamente a partir de la entrada en vigor del decreto 2241 de 2010. Así las cosas en concepto 001 del 12 de junio de 2017 la Superintendencia Financiera indicó lo siguiente, que cito de una manera muy breve "la obligatoriedad de ofrecer una asesoría entendida como la información clara cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o trasladarse entre administradoras se encuentra expresamente consagrado a partir del 1° de julio de 2010, fecha de entrada en vigor del decreto 2241 de 2010" . El mencionado pronunciamiento también fue objeto de análisis en el concepto 910 de 29 de diciembre de 2015 por parte de la mencionada Superintendencia Financiera que no cito porque básicamente manifiesta lo que indiqué en el del año 2017. Igualmente debe indicarse que se hace indispensable señalar que las obligaciones generales y especiales vigentes para Porvenir al momento de realizar el traslado inicial de régimen pensional, es decir el del año 2000 de la parte actora se encontraban establecidas en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 dentro de las cuales no se establece el deber de información alegado por la parte demandante y de una manera tan rigurosa como igualmente pues es analizado por parte del Despacho en las consideraciones de su decisión y se plasman claramente en la resolución de la misma providencia, eso como punto número uno.*

Como punto número dos en lo relativo especialmente a las condenas por concepto de gastos de administración y primas de reaseguros, tal y como se puso de presente en los alegatos de conclusión me permito hacer énfasis en los siguientes aspectos. En primer lugar que se trata de conceptos que son descontados acatando pues estrictamente el ordenamiento jurídico, esto es el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 que establece la posibilidad para que de una parte del monto del aporte se descuenten los gastos de administración y las correspondientes primas es decir sobre un porcentaje del 3% de la totalidad de la cotización que realice el afiliado a la administradora de fondos de pensiones y en estricto cumplimiento de la mencionada normatividad desde el año 2000 mi representada ha realizado los respectivos descuentos, básicamente porque los gastos de administración van encaminados a compensar, a sufragar o pagar esos manejos de los recursos que realiza mi representada respecto de los aportes del correspondiente afiliado que para este caso en concreto se trata de la demandante y respecto de las primas, como se indicó igualmente en los alegatos pues básicamente es por el hecho de que se trata de sumas que se encuentran encaminadas a cubrir las contingencias de invalidez y la muerte que en el hipotético caso que las mismas se hubiesen activado mi representada se encontraba en la obligación de efectuar el pago

El apoderado de COLPENSIONES también presentó recurso de apelación en contra de la sentencia de primer grado, refiriendo, para el momento en que la demandante se trasladó de régimen, no existía obligación de documentar la asesoría, que para entonces era de carácter verbal; lo único que se exigía era la firma libre y voluntaria del correspondiente formulario de afiliación. Estimó que no es posible la aportación de un medio de prueba diferente al formulario de afiliación y en el interrogatorio de parte de la demandante solamente se reitera lo planteado en la demanda. Pretender la aportación de otro medio de prueba, por ejemplo el testimonio del asesor comercial de la época resultaría un imposible.

Insistió en que debe analizarse cuales eran las exigencias de información para la época del traslado de régimen de la demandante y con base en ellas determinar si hubo un incumplimiento por parte de las administradoras de pensiones. De otro lado estimó, la inconformidad de la demandante es de índole netamente económica, no que a su juicio no puede ser el único factor determinante para la declaratoria de ineficacia del traslado.

Refirió, por más que Porvenir traslade los saldos de la cuenta pensional de la demandante con todos sus rendimientos y gastos de administración debidamente indexados, no se logra sanear el desfinanciamiento que se va a generar al régimen de prima media, por lo que a su juicio, si se considera que hay un perjuicio con motivo del traslado de la demandante del RPM al RAIS y lo valora estrictamente en un aspecto económico, el perjuicio debería ser indemnizado por quien lo generó, que en este caso fue la AFP Porvenir, entidad que debería pagar

---

de la correspondiente prestación económica por intermedio de la correspondiente aseguradora pues que tuviese contratada para esos eventos, de modo que la señora demandante siempre estuvo cobijada por mi representada, desde el año 2000 reitero, hasta la época por esas situaciones imprevisibles frente a las que mi representada cumplió y no se entendería el motivo por el cual haya lugar a hacer el pago de dichos emolumentos indexados a favor de Colpensiones, tal y como se impone digamos que dicha obligación en la parte resolutiva de la providencia mencionada que se ataca con este recurso de alzada. Teniendo en cuenta estas situaciones doy por sentado el recurso de apelación para que sea estudiado por parte de la Sala. Muchas gracias.

la pensión de vejez a la actora en los términos que le hubiera correspondido en prima media[2] (*Audiencia virtual, récord 44:02).*

---

[2] **Apoderado COLPENSIONES (44:02):** *Señora Juez gracias, Colpensiones interpone recurso de apelación contra la sentencia de instancia para que sea resuelta por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, recurso que se sustenta en la inconformidad que tiene Colpensiones con relación al análisis que realiza el despacho frente a los medios probatorios que llevaron a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional. Indica la señora Juez que no se aportaron medios de prueba de los cuales se pudiese acreditar el cumplimiento de las obligaciones legales que tenía la AFP PORVENIR respecto a la demandante al momento de realizar el traslado de régimen pensional y se indica que únicamente se aportó el formulario de afiliación, que no hay otros medios probatorios, que del interrogatorio de parte no se pudo obtener la confesión y a pesar de que la señora Juez hace la salvedad que no se está exigiendo un medio probatorio eminentemente documental sino que puede ser cualquiera de los medios probatorios permitidos por la ley, la conclusión es que efectivamente Porvenir incumplió con sus deberes legales y sobre el particular y como se expuso en los alegatos de conclusión, para el momento en que la demandante se traslada de régimen pensional no existía obligación alguna para las administradoras de pensiones de documentar la asesoría de traslado; en ese momento la asesoría que se le daba a los afiliados era de carácter verbal de forma que evidentemente no existe ningún documento o soporte físico de cual fue la información o asesoría que se le pudo haber brindado a la demandante. Lo que exigía la ley es que con posterioridad a la correspondiente asesoría por el fondo de pensiones el potencial afiliado suscribiese el respectivo formulario de afiliación de forma libre y voluntaria de lo cual se puede concluir que si la demandante suscribió el formulario de afiliación de forma libre y voluntaria como aparece acreditado en el proceso es porque la información es porque la información o asesoría que ella recibió satisfizo sus inquietudes y con base en eso es que ella opta por vincularse y afiliarse al fondo de pensiones. En ese sentido pretender que el fondo allegue una prueba diferente al formulario de afiliación o solicite una prueba diferente al interrogatorio de parte buscando una confesión de parte que de acuerdo al análisis de la señora juez evidentemente no se genera en la medida que en el interrogatorio de parte la demandante lo único que hace es ratificar y reiterar lo que ya se ha venido planteando desde el escrito de demanda que es una ausencia de información y asesoría sobre aspectos específicos del régimen de ahorro individual, pues es una carga que evidentemente no puede asumir ni el fondo de pensiones ni Colpensiones; pretender que se allegue otro medio probatorio como pudiese ser la declaración del asesor de la época cuando el traslado de régimen pensional de la demandante se ocasionó hace casi 20 años igualmente resultaría imposible, probablemente el fondo ni siquiera cuenta con la información de ese asesor o promotor comercial. Lo que considera Colpensiones es que en este tipo de procesos debiera analizarse cuales eran las exigencias legales y normativas de la época y con base en eso determinar si hubo o no un incumplimiento por parte de las administradoras de pensiones, reiterando que el deber de información o las obligaciones de información que tenían los fondos de pensiones para el momento en que la demandante se vinculó a Porvenir no son las mismas obligaciones legales y jurisprudenciales que sobre ese deber de información, deber de buen consejo existen hoy en día, a tal punto que hoy en día la exigencia incluso es documentar la asesoría de traslado y desanimar eventualmente las afiliaciones y las vinculaciones a los fondos de pensiones, pero esas obligaciones no eran exigibles ni estaban vigentes para el momento en que la demandante se vincula a Porvenir y si bien es cierto en estricto sentido como lo indica la señora Juez, no pudiese hablarse de una confesión, en el interrogatorio de parte, en la declaración de la demandante si se evidencia que hubo una asesoría y hubo asesoría e información sobre aspectos específicos del régimen de ahorro individual que lo diferencian del régimen de prima media, que finalmente podría concluirse que la demandante si se vincula a la AFP PORVENIR conociendo diferencias sutanciales en uno u otro régimen pensional, que finalmente es lo que demuestra que si se cumplió con los deberes a los que estaba obligada la administradora de pensiones PORVENIR y en este tipo de procesos, igualmente es evidente que la inconformidad con la vinculación actual al régimen de ahorro individual es netamente económica y si bien es cierto en algunos pronunciamientos la Corte ha dicho que ese interés económico que motiva un retorno al régimen de prima media pues*

en forma alguna puede ir en contra de la viabilidad de la pretensión del demandante, pues hay que tener en cuenta que evidentemente comparar la prestación económica que reconoce el régimen de prima media con la que reconoce el régimen de ahorro individual no puede ser el único factor determinante para determinar o no si una vinculación al régimen de ahorro individual resulta eficaz y es que de acuerdo al artículo 271 cuando se perturba la escogencia de régimen pensional, esa escogencia se ineficaz y de forma libre puede el trabajador escoger a cual régimen pensional quiere estar afiliado y como se puede hablar de una libertad de escogencia de régimen cuando en el caso de la demandante ya tiene 61 años de edad, ya tiene mas de 1300 semanas y evidentemente sabe que le es mucho más favorable el régimen de prima media porque va a recibir una prestación económica sustancialmente superior a la que va a recibir en el régimen de ahorro individual y esa situación, por mas que PORVENIR traslade los saldos de la cuenta pensional, los rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones de seguro previsional debidamente indexados, en forma alguna va a sanear o subsanar el desfinanciamiento que va a generar esa situación en el régimen de prima media de eventualmente reconocerle una prestación a un afiliado que no contribuye a la financiación del régimen hace más de 20 años y que evidentemente el saldo consolidado en el régimen de ahorro individual no va a financiar la totalidad de la prestación de vejez que eventualmente deba reconocer Colpensiones y en ese sentido si se considera que hay un perjuicio por el traslado de régimen pensional de prima media al RAIS y ese perjuicio la parte demandante lo valora estrictamente en un aspecto económico, ese perjuicio debía ser indemnizado por quien lo generó, en este caso la AFP PORVENIR y la forma de sanear ese perjuicio es que PORVENIR reconociera la pensión de vejez que le corresponda a la demandante en los términos en que se la hubiese reconocido el régimen de prima media y no trasladar directamente el afiliado con la carga prestacional que eventualmente puede corresponder. Por esa razón señora juez y señores magistrados, Colpensiones solicita se revoque íntegramente el fallo de instancia y se le absuelva de las condenas impuestas. Gracias.

Muchas gracias, encontrándome dentro de la oportunidad procesal pertinente procedo a presentar recurso de apelación frente a la totalidad de la sentencia que acaba de proferir el despacho teniendo en cuenta los siguientes argumentos que acreditan el motivo de inconformidad con la mencionada providencia. En primer lugar respecto al deber de información me permito destacar que mi representada cumplió con el mismo de conformidad con la normatividad que se encontraba vigente para la época, la cual no exigía una constancia de carácter escritural de lo informado al afiliado. Para ello es importante mencionar que solo fue con la expedición del Decreto 2555 del año 2010 el 2071 del año 2015 y la ley 1748 de 2014 que las administradoras de fondos de pensiones adquirieron en su cabeza la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público en general. En la misma línea el ente gubernamental que se encarga de realizar la vigilancia respecto de las administradoras de fondos de pensiones ha sido enfático en señalar que la obligación de otorgar información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto a las condiciones de su afiliación nace al ordenamiento jurídico únicamente a partir de la entrada en vigor del decreto 2241 de 2010. Así las cosas en concepto 001 del 12 de junio de 2017 la Superintendencia Financiera indicó lo siguiente, que cito de una manera muy breve "la obligatoriedad de ofrecer una asesoría entendida como la información clara cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o trasladarse entre administradoras se encuentra expresamente consagrado a partir del 1° de julio de 2010, fecha de entrada en vigor del decreto 2241 de 2010" . El mencionado pronunciamiento también fue objeto de análisis en el concepto 910 de 29 de diciembre de 2015 por parte de la mencionada Superintendencia Financiera que no cito porque básicamente manifiesta lo que indiqué en el del año 2017. Igualmente debe indicarse que se hace indispensable señalar que las obligaciones generales y especiales vigentes para Porvenir al momento de realizar el traslado inicial de régimen pensional, es decir el del año 2000 de la parte actora se encontraban establecidas en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 dentro de las cuales no se establece el deber de información alegado por la parte demandante y de una manera tan rigurosa como igualmente

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda *(archivo 02Demanda 2020-199.pdf folios 12 y 13, expediente digital)* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo *(folios 2 a 11)*, aspirando se declare la nulidad del traslado y afiliación de la demandante a la AFP PORVENIR S.A. Como consecuencia de esta declaración, se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes efectuados por la demandante junto con sus rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, lo ultra y extra petita y las costas del proceso. En subsidio de la

---

pues es analizado por parte del Despacho en las consideraciones de su decisión y se plasman claramente en la resolución de la misma providencia, eso como punto número uno.

Como punto número dos en lo relativo especialmente a las condenas por concepto de gastos de administración y primas de reaseguros, tal y como se puso de presente en los alegatos de conclusión me permito hacer énfasis en los siguientes aspectos. En primer lugar que se trata de conceptos que son descontados acatando pues estrictamente el ordenamiento jurídico, esto es el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 que establece la posibilidad para que de una parte del monto del aporte se descuenten los gastos de administración y las correspondientes primas es decir sobre un porcentaje del 3% de la totalidad de la cotización que realice el afiliado a la administradora de fondos de pensiones y en estricto cumplimiento de la mencionada normatividad desde el año 2000 mi representada ha realizado los respectivos descuentos, básicamente porque los gastos de administración van encaminados a compensar, a sufragar o pagar esos manejos de los recursos que realiza mi representada respecto de los aportes del correspondiente afiliado que para este caso en concreto se trata de la demandante y respecto de las primas, como se indicó igualmente en los alegatos pues básicamente es por el hecho de que se trata de sumas que se encuentran encaminadas a cubrir las contingencias de invalidez y la muerte que en el hipotético caso que las mismas se hubiesen activado mi representada se encontraba en la obligación de efectuar el pago de la correspondiente prestación económica por intermedio de la correspondiente aseguradora pues que tuviese contratada para esos eventos, de modo que la señora demandante siempre estuvo cobijada por mi representada, desde el año 2000 reitero, hasta la época por esas situaciones imprevisibles frente a las que mi representada cumplió y no se entendería el motivo por el cual haya lugar a hacer el pago de dichos emolumentos indexados a favor de Colpensiones, tal y como se impone digamos que dicha obligación en la parte resolutiva de la providencia mencionada que se ataca con este recurso de alzada. Teniendo en cuenta estas situaciones doy por sentado el recurso de apelación para que sea estudiado por parte de la Sala. Muchas gracias.

declaración primera, solicitó se declare la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS.

Obtuvo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró ineficaz el traslado de la demandante al RAIS, disponiéndose en consecuencia que se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media, ordenando a PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos rendimientos que se hubieran causado. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR S.A, con quien se efectuó el traslado de régimen pensional, no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[3].

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de su nacimiento el 14 de marzo de 1959 *(páginas 16 y 17 archivo 03.PoderyAnexos 2020-199.pdf, expediente digital),* por lo que los 57 años de edad, los cumplió el mismo día y mes del año 2016, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante

[3] *En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".*

COLPENSIONES el 17 de enero de 2020 (*fls. 55 a 60, ibídem) y* ante PORVENIR S.A. el 30 de diciembre de 2019 (*fls. 46 a 52, ibídem*), esto es, cuando ya contaba con la edad requerida para adquirir el derecho pensional – tenía 61 años-. por lo que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, a 1 de abril de 1994 -, contaba con 35 años de edad, quedando claro que, en principio, es beneficiaria del régimen de transición; sin embargo, teniendo en cuenta el traslado de régimen efectuado por la demandante el **30 de junio de 2000** con fecha de efectividad el **01 de agosto de 2000** *(página 52 archivo 20.AllegapruebasPorvenir 2020-199.pdf, expediente digital)* por afiliación que hiciera a PORVENIR S.A. y que para la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 contaba apenas con 416 semanas cotizadas que corresponden a 7,97 años *(página 19 archivo 20.AllegapruebasPorvenir 2020-199.pdf, expediente digital),* no cumplía con el requisito para mantener el beneficio transicional pese a su traslado, esto es 15 años de servicio antes de entrar en vigor el nuevo sistema de seguridad social, de conformidad con lo señalado en la sentencia C-789 de 2002, por lo que resulta procedente el estudio del traslado de régimen pensional y la conservación del beneficio transicional con base en la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, desde luego si hay lugar a declararla.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, **30 de junio de 2000** con fecha de efectividad el **01 de agosto de 2000** *(página 52 y 17archivo 20.AllegapruebasPorvenir 2020-199.pdf, expediente digital),* por afiliación que hiciera a PORVENIR S.A., específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP, expedida por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada y que ésta fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal información debe ser objetivamente verificable, en el entendido de que aquél debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión *"libre y voluntaria*" contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura.

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

> *"Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.*
>
> *Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute**, es eficaz**, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.*
>
> *Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*
>
> *El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias."*

En tal sentido, *"es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez"* (SL1688 de 2019).

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad

informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc[4], en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

> *"(…)*
>
> *De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:*
>
> > *Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).*
> >
> > *En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*
>
> ***Entonces, según la norma precedente, 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."*

Frente a este respecto, además, esa alta Corporación en sentencia SL-1948 de 2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en

[4] *Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020*

sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (*vuelta al status quo ante*, art. 1746 CC). Así, discurrió

> *"**1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen***
>
> *Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.*
>
> *Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (…) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».*
>
> *De ahí que le corresponda a la Sala precisar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto.*
>
> *Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC).*
>
> *[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]*
>
> *Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural*

> *o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral […] la afiliación respectiva quedará sin efecto».*
>
> *Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019)".*

En ese orden, no se trata de analizar la presencia de vicios que conlleven a la nulidad del negocio jurídico, sino de establecer el cumplimiento del deber de información como condición de eficacia del traslado de régimen pensional, razón por la cual, no se requiere la acreditación en este juicio de la presencia de vicios que invaliden el consentimiento.

Ahora bien, sobre esta temática igualmente, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello,

tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado,* por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011[5], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

---

[5] *"Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.*

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la "ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA", en donde se señala una mesada pensional de $900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el "RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL", es de $1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

"Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

"En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto,

frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

"Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

"Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

"El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.

"(…).

"Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

"Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

"Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

"La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

"La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

"Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

"Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

"Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

"En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña".

"Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

> *"(…)* ***Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.***
>
> *(…)*
>
> *Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*
>
> *(…).*
>
> *Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, 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*

---

ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales".

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta 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.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

> *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.*
>
> ***Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego.*** *A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (…)"*

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información en los términos aquí referidos, pues en manera alguna se evidencia en el plenario que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante[6], no acreditan de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen. Relató en el año 2000 unos asesores de Porvenir visitaron la empresa donde trabajaba y le indicaron que las condiciones de pensión eran las mismas que en el ISS, podía dejar sus ahorros a un tercero en caso de fallecimiento y podría pensionarse a los 55 años. Le dijeron que el ISS estaba en una situación de riesgo y por eso era más seguro estar en PORVENIR S.A. No le explicaron las características del RAIS ni lo que perdía con el traslado.

A efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A. *(fl. 17 archivo 20AllegaPruebasPorvenir.pdf, expediente digital),* este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias

[6]*Audiencia 3 de noviembre de 2021, récord 12:48.*

SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora –PORVENIR S.A. - no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración a la demandante al momento de trasladarse, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se deja constancia expresa en el sentido de su decisión de vincularse a esa AFP de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.

Aquí también debe resaltar esta Sala, el deber de información existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y por ende de los fondos privados se estableció en cabeza de éstos el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así por ejemplo, en sentencia SL1688-2019 reiterada en la SL-3708-2021 y SL-3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

> ***"1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***
>
> ***1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.***
> *El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del*

otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

…

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Además, ilustró las diferentes etapas del deber de información, así:

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 1.° 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 3.°, 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 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Como se ve, ya para el año 2000, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futuro afiliado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen **(30 de junio de 2000, efectivo el 01 de agosto de 2000)** el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, **en especial, la pérdida del beneficio del régimen de transición** y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR S.A., esta como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración y porcentajes correspondientes a invalidez y sobrevivientes (comisiones) y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con

prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Conviene anotar igualmente, en autos no tiene relevancia lo atinente a la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues es suficiente indicar en este punto, no se está avalando el tránsito de un régimen a otro sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva a retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Asimismo, advierte la Sala, en relación con los argumentos de apelación de PORVENIR S.A., relacionados con los gastos de administración, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

> *"Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.*
>
> *[…]*
>
> *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 ésta 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.***
>
> *Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada."*

Igualmente, en la sentencia SL1421-2019, Radicación N° 56174 del 10 de abril de 2019, se expuso:

> *"Conforme a lo establecido en sede de casación, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, que la actora jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de igual forma, que el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 (…)".*

Con relación a la orden de la juez de primer grado de disponer el pago debidamente indexado de la devolución de dichos gastos de administración, es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación, sin que ello represente una condena adicional o la imposición del pago de perjuicios, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la condena cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

En punto a la indexación de los gastos de administración, en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en providencia SL 3207, Radicación N° 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

> ***"7. Consecuencias de la declaración de ineficacia***
>
> *Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos,* ***se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados,*** *junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor."* (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Por lo anterior, habrá de confirmarse la decisión de primera instancia en este aspecto.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES *(archivo 11Anexo1ContestacionDemanda199.pdf),* a la que se tuvo por contestada la demanda mediante auto de 22 de junio de 2021 (archivo 17AutoreconocePrograma*A*udienca.pdf*),* entidad a favor de quien se surte la consulta*,* basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática. Es de anotar en este punto, dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración y demás restituciones, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción.

Sobre esto último, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2611, Radicación N° 67972 del 1° de julio de 2020, señaló que las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones, hace

inoperante dicho fenómeno extintivo frente a los mismos. Puntualmente dijo esa Corporación:

> *"…recientemente, en la sentencia CSJ SL1421-2019, tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto, sosteniéndose que en materia del derecho del trabajo y la seguridad social, las disposiciones que gobiernan la extinción de la acción son los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, que consagran un periodo trienal para que opere ese fenómeno; sin embargo, se adujo que tal normativa no resulta aplicable a los casos de ineficacia del traslado, por cuanto se trata de una pretensión de carácter declarativa, que es precisamente lo que sucede en el sub examine, en la aludida providencia se dijo:*
>
> > *Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que* ***las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo,*** *en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.*
> >
> > *De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el trascurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.*
>
> *Conforme a lo discurrido, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, (…)"* (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de los expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

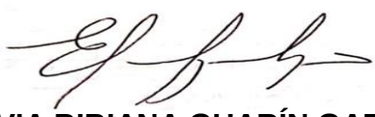
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Octavo (8) Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR RICARDO SANTOS JUNCO BERNAL CONTRA HERNANDO ALI PEÑA ARIZA (RAD. 10 2019 00015 01).

Bogotá D.C., Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, sin que la partes presentaran los alegatos de instancia, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente:

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, en virtud del grado jurisdiccional de Consulta en favor de la parte actora, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 10° Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 23 de febrero del 2022 (*audio archivo 16, expediente digital*), en la que se resolvió *(Record: 34:16)*:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** probada la excepción formulada por la parte demandada denominada Inexistencia de las obligaciones demandadas propuesta por el demandado HERNANDO ALI PEÑA ARIZA y en consecuencia se **ABSUELVE** de todas y cada una de las pretensiones al demandado de las pretensiones incoadas en la demanda por el señor RICARDO SANTOS JUNCO BERNAL, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO: SE CONDENA** en costas de esta instancia a la parte demandante a favor de la parte demandada. Deben ser tasadas por secretaría, incluir como agencias en derecho la suma de $ 500.000.*
>
> ***TERCERO**: En caso de no ser apelada la presente providencia súrtase el grado jurisdiccional de consulta, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del Código procesal del trabajo y la seguridad social.**"***

La ausencia de apelación contra la providencia anterior justifica la presencia de las diligencias en esta Corporación, a efectos de que se surta el grado jurisdiccional

de consulta a favor de la parte demandante, a lo cual se procede previa la constatación de inexistencia causal de nulidad que invalide lo actuado y conforme las siguientes

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante, señor RICARDO SANTOS JUNCO BERNAL, las pretensiones relacionadas en las páginas 12, 14, 15 y 16 del archivo 6 pdf expediente digital, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos en las páginas 11 y 13 del mismo archivo, encaminadas a que se declare la existencia de una relación laboral de carácter verbal como COTERO EN CARGA Y DESCARGA de camiones en forma continua e ininterrumpida desde el 2 de enero del 2007 hasta el 6 de septiembre del 2016, en consecuencia solicita el pago de cesantías, intereses a las cesantías, indemnización por no consignación de las cesantías, primas de servicios, vacaciones, indemnización por terminación unilateral del contrato, dotaciones, costas del proceso incluyendo las agencias en derecho e intereses moratorios. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones,** por cuanto, se absolvió al demandando de todas las pretensiones incoadas en su contra, luego de considerar que no se logró demostrar la existencia un contrato de trabajo entre las partes, particularmente dada la ausencia de prueba de la prestación personal del servicio a favor de la persona natural accionada.

Aclara esta Sala de decisión si bien el Juzgado de primer grado, mediante auto del 7 de mayo del 2019 *(Archivo 6 expediente digital, página 22)* admitió el libelo en contra de CASCARILLAS DE COLOMBIA S.A.S y de HERNANDO ALI PEÑA ARIZA, por lo cual se dio contestación de la demanda en esos términos *(Ver páginas 27 a 49 Archivo 6 expediente digital)*, la Juez a quo en proveído del 21 de enero del 2020 *(Páginas 51 y 52 Archivo 6 expediente digital)* indicó que la demanda únicamente se interpuso en contra de la persona natural HERNANDO ALI PEÑA ARIZA por lo que dejó sin valor ni efectos el auto admisorio de la demanda (07/05/2019) precisando que se continuaba el tramite únicamente en contra de la persona natural HERNANDO ALI PEÑA ARIZA. Razón por la cual el apoderado del demandado presento subsanación de la contestación de la demanda, como se puede ver en las páginas 53 a 77 del Archivo 6 del expediente digital y por auto del 8 de marzo del 2021 se tuvo por contestada la demanda de la persona natural accionada *(Archivo 1 expediente digital)*.

Pues bien, para resolver el presente asunto ha de indicarse en los juicios del trabajo es primordial para el operador judicial establecer si existe o no contrato de trabajo, que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales y, acreditados los extremos temporales de la relación y el salario devengado, resultaría factible efectuar las liquidaciones a que hubiere lugar.

De conformidad con lo anterior, la controversia que se trae a los estrados, apunta a determinar si entre RICARDO SANTOS JUNCO BERNAL como trabajador y HERNANDO ALI PEÑA ARIZA como empleador, existió contrato de trabajo del 2 de enero del 2007 al 6 de septiembre de 2016, advirtiéndose, la Juez de primera instancia no halló demostrada la existencia del vínculo laboral entre las partes.

Razón por la cual precisa la Sala, no tiene importancia la denominación que al mismo le asignen las partes, ni que se halle regido por estipulaciones especiales, pues lo que configura el contrato de trabajo es la forma como se ejecuta la prestación, es decir, debe hacerse primar la realidad sobre la apariencia formal, de acuerdo con el artículo 53 Constitucional y el entendimiento jurisprudencial y doctrinal en torno al tema.

Inicialmente debe precisarse por no haber sido aceptados los hechos de la demanda, entre ellos el referido a la prestación personal del servicio en los términos aducidos por el actor, corresponde en primer lugar a la Sala definir si en autos reposa prueba de la misma y, de ser ello así, dada la ventaja probatoria consagrada en el artículo 24 del C. S. del T., se podría presumir la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y Hernando Ali Peña Ariza, correspondiendo por tanto a éste último desvirtuar su existencia. Al respecto, puede consultarse la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dictada dentro del radicado 32701[1].

---

[1] *"El Tribunal estimó, como fundamento de su decisión, que conforme al artículo 24 del C. S. del T., se presumía que toda relación laboral está precedida de un contrato de trabajo, por lo que, de acuerdo con el artículo 177 del C. de P. C., es deber de la parte demandante entrar a demostrar la mentada relación y, del accionado, desvirtuar que en ella se configuran los elementos propios del contrato de trabajo (art. 23 del C. S. del T.).*

A juicio de la Sala, la anterior interpretación del artículo 24 que hizo el ad quem, no ofrece reparo alguno, pues esa es la intelección genuina que se desprende del texto legal, cuya finalidad no es otra que aliviar la carga probatoria que normalmente pesaría sobre el trabajador de demostrar los elementos que configuran el contrato de trabajo, esto como medida protectora de la parte débil en la relación laboral."

Así las cosas, procede la Sala con el análisis del acervo probatorio vertido en autos del cual se destacan las siguientes documentales:

- Acta fallida de Conciliación ante el Ministerio de Transporte de fecha 19 de diciembre del 2016 (Archivo 6 expediente digital páginas 4 y 10).

- Certificado de existencia y representación legal de CASCARILLAS DE COLOMBIA S.A.S. representante legal el señor HERNANDO ALI PEÑA ARIZA, con fecha de constitución 14 de enero del 2014 (Archivo 6 expediente digital, páginas 5 a 8).

- Movimientos contables de la sociedad CASCARILLAS DE COLOMBIA S.A.S. de enero del 2014 a septiembre del 2016, donde NO figura el nombre del demandante. (Archivo12 expediente digital)

Por otra parte, se recibió el interrogatorio de parte que absolvió el demandando *(Audiencia del 23 de febrero del 2022, archivo 16 expediente digital Record: 18:35)* comentando que, si bien se dedica al transporte de "*cascarillas"* –trasporte de insumos para floristerías- a través de vehículos de carga, no tiene nada que ver con el descargue de tal mercancía. Explicó que el demandante es conocido porque descarga camiones en los lugares a donde éstos llegan a entregar la mercancía, precisando son los conductores de cada camión quienes escogen y deciden la persona que va a realizar tal descargue, como también son ellos los que le cancelan el valor por tal función, aclarando nadie tiene que ver en tal proceso pues nunca le dijo al demandante que le descargara alguno de los vehículos donde transportaba su mercancía.

De igual forma, se recaudó como prueba testimonial el del señor JOSE ARQUIMEDEZ RAMIREZ[2], quien transporto mercancía de propiedad del demandado. Refirió que el demandante es "*cotero"* de cualquier camión que llega a entregar mercancía, esto es, descargaba carros de uno y de otro pues permanecía en la calle esperando quien lo necesitara, aduciendo a veces descargaba sus camiones a veces no, precisando el deponente, los conductores de los camiones son los que cancelan a los "*coteros"* el descargue. Informó que no siempre transportó mercancía del señor Hernando Alí Peña pues también llevaba mercancía de otras personas. Afirma que no existió contrato de trabajo entre el

[2] Audiencia del 23 de febrero del 2022, archivo 16 expediente digital Record: 18:35.

demandante y demandando pues éste nunca le dio órdenes al actor y nunca lo vio en el proceso de descargue de los camiones.

Así las cosas, del análisis de los medios de convicción recaudados valorados bajo las reglas de la sana critica, pues recuérdese que la decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador *(artículo 61 del C.P.L.),* sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables, advierte esta Sala de decisión, las mismas resultan precarias para acreditar la prestación del servicio del accionante en favor de la persona natural demandada ni en los extremos aducidos en la demanda ni en época diferente, pues no se aportó ningún medio de convicción diferente que apoye la versión dada por el accionante en su libelo, pues ni siquiera se logra probar la prestación personal del servicio a favor de HERNANDO ALI PEÑA ARIZA, a efectos de aplicar la presunción legal que operaría en su favor, recordándole al demandante conforme a las normas laborales únicamente le correspondía probar la actividad personal en favor de la pasiva, lo cual no se dio en autos.

Ahora y en cuanto a la documental aportada y ya citada, de la misma no se puede extraer la prestación personal alegada pues la información que esta contiene ninguna relación tiene que ver con la vinculación laboral que el actor indica haber sostenido con HERNANDO ALI PEÑA ARIZA.

En esta misma dirección, se tiene que las afirmaciones expuestas en el interrogatorio de parte rendido por el demandante[3] (fl. 23), en lo atinente a la existencia de la relación laboral, los extremos y la remuneración, no pueden ser atendidas a su favor, por cuanto ello sería fabricar su propia prueba, aunado a que ninguno de sus dichos se corrobora con el restante material probatorio obrante en autos.

Precisando esta Corporación, la afirmación del demandante frente a la existencia de un contrato trabajo con el accionado, como ya se explicó no fue respaldada por ninguna herramienta de acreditación, ni tan siquiera indiciaria, advirtiendo, tal aseveración, por sí sola, no resulta suficiente para fulminar condena en su contra tal y como desde antaño lo ha enseñado la Sala de Casación Laboral de la C.S.J. en sentencia del 31 de mayo de 1955, criterio que aún hoy sigue conservando pleno vigor, en la que asentó:

[3] Audiencia del 23 de febrero del 2022, archivo 16 expediente digital Record: 50:29

> ***"No se crea que quien se presente a alegar judicialmente el contrato laboral como fuente de derechos o causa de obligaciones a su favor nada tiene que probar y le basta afirmar la prestación de un servicio para que se le considere amparado por la presunción de que trata el artículo 24 del Código sustantivo del trabajo.*** *Esta presunción como las demás de su estirpe, parte de la base de la existencia de un hecho cierto, indicador, sin el cual no se podría llegar al presumido o indicado**.** Este hecho es la relación de trabajo personal de que habla el mismo texto y que consiste, como es sabido en la prestación o ejecución de un servicio personal, material o inmaterial continuado, dependiente y remunerado…**".***

Igualmente, la máxima Corporación en sentencia SL728 de 2021 adujo que "*la Sala sobre dicho punto ha sostenido, que la presunción prevista en el artículo 24 del CST, no exonera al trabajador que persigue su aplicación de que «además de demostrar la actividad personal que da lugar a la presunción que se cuestiona, (…) acreditar otros supuestos de hecho necesarios para la procedencia de las obligaciones laborales que el trabajador reclama»".*

En ese orden de ideas, esta Sala de decisión concluye, como se ha venido indicando que no se acreditó la prestación del servicio del accionante a favor del demandado, generando la inaplicabilidad de la presunción del artículo 24 del C.S.T., antes mencionada.

Así las cosas, se itera el promotor de la Litis debía por lo menos acreditar la prestación del servicio a efectos de dar aplicación a la presunción legal establecida en el art. 24 del C.S.T., siendo oportuno precisar, que en los términos del artículo 167 del C.G.P., es carga de quien alega un hecho acreditar sus afirmaciones y en el caso bajo estudio, quien tiene interés jurídico en que resulten probadas sus afirmaciones es la parte demandante, la cual quedó expuesta a lo que Carnelutti llama *"EL RIESGO DE FALTA DE LA PRUEBA"*, sufriendo entonces, la consecuencia desfavorable de la *"falta de la prueba".*

En consecuencia, iterando la ausencia de material probatorio a efectos probar la existencia de una prestación personal del servicio en favor del accionado, necesariamente debe colegirse, en autos no se dieron los elementos propios de una relación de carácter laboral, pues no sólo hubo ausencia de pruebas que permitieran acreditar una continuada subordinación o dependencia del actor frente a la encartada, sino que ni siquiera pudo corroborarse una prestación personal del servicio en los términos expuestos desde el libelo demandatorio, lo cual conlleva

de manera obligada a confirmar la sentencia consultada, por las razones aquí expuestas.

SIN COSTAS en esta instancia.

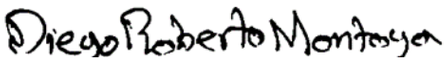
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

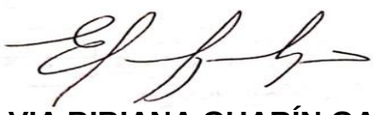
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 10° Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ALBA MARINA PRIETO GALINDO CONTRA BIOIMAGEN LTDA. (RAD. 10 2019 00341 01).

Bogotá D.C., Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante (fl. 4) y la curadora de la parte demandada (fl. 5), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por la Juez Décima Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 25 de noviembre de 2021 (archivo 20.11001310501020190034100 – grabación de la reunión, expediente digital, record 1:02:04), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR*** *la existencia que entre la señora ALBA MARINA PRIETO GALINDO demandante y la demandada empresa BIOIMAGEN LTDA existió un contrato de trabajo a término definido entre el 9 de mayo de 2007 al 30 de enero de 2019, en el cargo de TECNÓLOGO RADIOLOGO I, con una asignación mensual $ 1.343.300 más auxilio de transporte correspondiente al 2019 la suma de $ 97.032, contrato de trabajo que terminó por mutuo acuerdo de las partes, de conformidad a la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a la demandada BIOIMAGEN a cancelar a la demandante señora ALBA MARINA PRIETO GALINDO las siguientes sumas y por los siguientes conceptos:*
>
> - *Tenemos que por concepto de salario deberá pagar la suma correspondiente $ 671.660*

- *Por el concepto de cesantías correspondientes al año 2017, deberá pagar la suma de $ 1.343.300*
- *Por intereses a las cesantías del año 2017 $ 161.196, por el año 2018 deberá pagar el valor a los intereses a las cesantías en la suma de $ 170.752.*
- *Y como sanción por no pago oportuno la suma de $ 170.752.*
- *Deberá pagar por concepto de indemnización del artículo 99 de la ley 50 de 1990, por no consignación de las cesantías del año 2017 al Fondo de cesantías la suma de $ 15.447.950.*
- *Se le condena a pagar por concepto de indemnización del artículo 65 del código Sustantivo de Trabajo la suma de $ 32.239.200, y a partir del inicio del mes 25 deberá pagar a la demandante los intereses moratorios a la tasa de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes 25 como se indicó, sobre las sumas por las cuales se emitió condena correspondientes a salarios, intereses a las cesantías y cesantías que se ordena el pago en esta sentencia.*

  ***TERCERO: SE DECLARARÁ** la existencia de cosa Juzgada en relación a las pretensiones encaminadas al reconocimiento y pago en este proceso de los valores correspondiente a cesantías del año, auxilios de cesantías del año 2018, auxilios de cesantías del mes de enero de 2019, intereses a las cesantías del año 2019, prima de servicio del año 2019, vacaciones y la bonificación por retiro comprendidos dentro del acuerdo de terminación del contrato, del acuerdo transaccional celebrado entre las partes la señora ALBA MARINA PRIETO GALINDO y la demandada BIOIMAGEN LTDA, por ende se **ABSUELVE** a la demandada de estas pretensiones.*

  *De igual manera, se **ABSUELVE** a la demandada de las pretensiones por las cuales no se emitió condena, correspondientes al reconocimiento y pago de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio, vacaciones que tiene el despacho se estaban reclamando por toda la toda la relación laboral y que no fueron emitida condena dentro de esta sentencia, por lo expuesto en la parte motiva de la providencia.*

  ***CUARTO: SE CONDENA** en costas de esta instancia a BIOIMAGEN LTDA a favor de la señora demandante, deben ser tasadas por secretaría e incluir como agencias en derecho la suma de $ 2.000.000."*

Inconforme con la decisión, la apoderada de la parte demandante recurrió la decisión, señalando el contrato de transacción que celebraron las partes no corresponde a un título ejecutivo y vulnera derechos ciertos e indiscutibles, por lo que solicita se analice su contenido.

Igualmente solicitó se verifique el cumplimiento de los derechos generados a partir del contrato de trabajo y se ordene el pago de las sanciones e indemnizaciones y se determine la eficacia de dicho acuerdo al tenor de lo dispuesto en el artículo 43

C.S.T. (archivo 20.11001310501020190034100 – grabación de la reunión, expediente digital, record 1:09:27)[1]

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante ALBA MARINA PRIETO GALINDO en éste ordinario, las pretensiones relacionadas en la demanda (archivo 07ExpedienteDigital2019-341.pdf páginas 23 a 25), las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados a folios 25 a 27 ibídem, aspirando principalmente se declare que existió un contrato de trabajo con la sociedad BIOIMAGEN LTDA., entre el 9 de mayo de 2007 y el 30 de enero de 2019, se declare que su último salario correspondió a $1’440.332; se condene al pago del salario correspondiente al último mes de trabajo, al pago de las cesantías, intereses a las cesantías prima de servicios, vacaciones causadas durante la vigencia de la relación laboral, sanción por no consignación de las cesantías, sanción por no pago de intereses sobre las cesantías, aportes a seguridad social, indemnización moratoria, indexación y la bonificación por terminación de mutuo acuerdo del contrato de trabajo.

Obtuvo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones, pues se declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el 9 de mayo de 2007 y el 30 de enero de 2019 y se condenó a la demandada a pagar a

---

[1] *“**Apoderada demandante (1:09:27):** Señora juez, me permito interponer recurso de apelación ante el Tribunal. Me permito interponer recurso de apelación. Gracias. Lo anterior lo hago teniendo en cuenta (inaudible), dicho documento de acuerdo, vulnera derechos ciertos e indiscutibles, no tiene un contenido de título ejecutivo, pues no especifica una fecha exacta. Se le solicita que verifique el contenido del contrato, además se pide el pago de liquidación de prestaciones, y las moratorias, se discute la efectividad del acuerdo transaccional, porque no guarda ninguna consideración con las consecuencias del contrato de trabajo.*

Además, solicito se verifique lo generado en el contrato de trabajo, se verifique el cumplimiento de esos derechos y se aplique en cumplimiento de las sanciones e indemnizaciones, si el acuerdo acredita algún pago que compense, pero se deriva de allí (inaudible), manifiestos para el trabajador. Debe verificarse conforme al artículo 43 del Código sustantivo de Trabajo la eficacia de dicho acuerdo, siendo el juez el garante de los derechos fundamentales del trabajador, no se puede simplificar, ligeramente la verificación de un contrato civil, debe verificar la verdad real por obligación procesal, puede sujetarse simplemente a las formas. Es todo señora juez, queda sustentada mi apelación, muchas gracias”

favor de la convocante, sumas por concepto de salarios, cesantías correspondientes al año 2017, intereses a las cesantías correspondientes a los años 2017 y 2018, sanción por el no pago de los intereses sobre las cesantías, sanción por no consignación de las cesantías e indemnización moratoria por el no pago de los salarios del año 2017, pero declaró la existencia de cosa juzgada respecto a las pretensiones correspondientes a las cesantías correspondientes a los años 2018 y 2019, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones correspondientes al año 2019 y bonificación por retiro, que se encuentran incorporados en el acuerdo transaccional celebrado por las partes. Lo anterior tras encontrar acreditada la existencia de un contrato de trabajo entre las partes y el no pago de los conceptos por los cuales impartió condena. Dio cuenta de la existencia de un acuerdo transaccional celebrado por las partes y la liquidación final de prestaciones que hace parte del citado acuerdo, donde se encuentran incluidas las cesantías correspondientes a los años 2018 y de enero de 2019, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones correspondientes a la misma anualidad. Estimó que con dicho acuerdo no se vulneraron derechos ciertos e indiscutibles a la demandante, como quiera que la liquidación de los citados derechos se encuentran ajustados a derecho y en consecuencia dicha transacción goza de validez e hizo tránsito a cosa juzgada y por tanto lo procedente es que la demandante acuda a la vía del proceso ejecutivo para que se haga efectivo el pago de los conceptos que fueron transigidos por las partes.

Establecido lo anterior se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante en los puntos concretos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (tantum devolutum quantum apellatum).

De manera preliminar se advierte, no fue objeto de censura la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, aspecto que además se encuentra acreditado con la liquidación final de prestaciones, acuerdo transaccional celebrado por las partes y comprobantes de pago de nómina (archivo 07ExpedienteDigital2019-341.pdf paginas 2,5, 6 a 9) de los cuales se extrae con claridad la existencia de un contrato de trabajo entre las partes que se extendió entre el 9 de mayo de 2007 y el 30 de enero de 2019.

Ahora bien, la inconformidad de la parte demandante consiste en considerar que el acuerdo transaccional celebrado por las partes vulnera derechos ciertos e indiscutibles a la demandante y no presta mérito ejecutivo, por lo que en su criterio, lo procedente es que a instancias de este proceso ordinario se condene a la sociedad demandada al pago de los conceptos incorporados en la liquidación final de prestaciones.

La juez a quo declaró oficiosamente la cosa juzgada respecto de algunas pretensiones de la demanda, decisión que fundó en el acuerdo de transacción suscrito por las partes, aduciendo, mediante dicho acuerdo transaron cualquier tipo de reclamaciones que pudiesen derivar del vínculo que ató a las partes y al que se encuentra incorporada la liquidación final de prestaciones dentro de las que están las cesantías correspondientes a los años 2018 y 2019, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones del año 2019 y bonificación por retiro. En ese orden, conviene para el caso de autos, precisar, el Consejo de Estado[2] ha señalado como

---

[2] *Sentencia del Consejo de Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo, sección tercera, Subsección "C",*
Consejera Ponente: OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ, de 18 de enero de dos mil doce (2012):

La transacción es uno de los mecanismos alternos de solución de conflictos que carece de regulación en el estatuto contractual, por lo cual es necesario acudir a lo contemplado en el artículo 2469 del Código Civil.1 Esta figura jurídica está autorizada para los contratos estatales en el artículo 68 de la Ley 80 de 1993 y en el artículo 13 del Decreto Reglamentario 173 del mismo año.

En criterio de algunos doctrinantes, la definición del Código Civil, es incompleta, ya que sólo toca dos aspectos de la transacción, a saber, la existencia de un derecho que se disputa judicialmente o pueda ser materia de litigio y la intención o voluntad de superar las diferencias sin necesidad de decisión judicial, el tercer elemento lo constituye las concesiones recíprocas, que en caso de no estar presentes convertirán el negocio jurídico en una simple renuncia, remisión, allanamiento o cualquier otro innominado.2

Para otros, la transacción requiere tres presupuestos, que son la existencia previa de incertidumbre sobre una relación jurídica, la sustitución de la relación dudosa por una nueva que tiene el carácter de cierta e indiscutible y el que se logre el acuerdo mediante concesiones recíprocas..

Así ha dicho la Sala (Consejo de Estado, sección Tercera, sentencia de junio 8 de 2000, Rad 16973 C.P. Alier Eduardo Hernández Enriquez):

"Según el art. 2469 del C.C. "La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual." Como lo ha afirmado la jurisprudencia nacional, para su formación se requieren los siguientes presupuestos: a) La existencia actual o futura de discrepancias entre las partes, acerca de un derecho. b) La intención de las partes de poner fin a sus diferencias, sin la intervención de la justicia del Estado. c) La reciprocidad de concesiones que con tal fin se hacen. El criterio ampliamente aceptado ha sido que "para resumir las calidades que deben presentar los derechos sobre los cuales recae la transacción se emplee la fórmula res litigiosa et dubia." En desarrollo del inciso 4 del artículo 116 de la Constitución, la ley 80

elementos de la transacción contenida en el Código Civil en su artículo 2469 y siguientes[3]:

> *a) La existencia actual o futura de discrepancias entre las partes, acerca de un derecho.*
>
> *b) La intención de las partes de poner fin a sus diferencias, sin la intervención de la justicia del Estado.*
>
> *c) La reciprocidad de concesiones que con tal fin se hacen.*

De igual forma, debe destacarse, la transacción es válida en materia laboral siempre y cuando no verse sobre derechos ciertos e indiscutibles, de conformidad con el artículo 15 del C.S.T[4].

Pues bien bajo las premisas anteriores, procede la Sala con la revisión de la documental aportada con la demanda **(archivo 07ExpedienteDigital2019-341.pdf páginas 2 a 5),** consistente en el acuerdo de transacción suscrito por las partes el 30 de enero de 2019 y liquidación final de prestaciones:

---

de 1993 autoriza a la justicia arbitral para resolver las diferencias presentadas "por razón de la celebración del contrato y su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación." (arts. 70 y 71), pero en ningún momento el estatuto de contratación estatal autoriza a las partes para que habiliten a los árbitros para decidir sobre la legalidad de los actos administrativos que se produzcan con ocasión de la relación contractual. De tal manera que, si bien el compromiso o la cláusula compromisoria nacen de un acuerdo de voluntades de las partes contratantes, al habilitar a particulares para que administren justicia en forma transitoria y excepcional por autorización constitucional y legal, no pueden conferir a los árbitros atribuciones que el ordenamiento legal no autoriza, como la de resolver sobre asuntos sobre los cuales no tienen la capacidad de transigir, pues es de exclusiva competencia del legislador determinar las materias y la forma en que los particulares pueden administrar justicia, en la condición de árbitros, y establecer los límites, términos y facultades para el ejercicio de dicha función. De conformidad con el actual estatuto de contratación estatal (ley 80 de 1993), los actos administrativos que se produzcan en ejercicio de la actividad contractual solamente pueden ser impugnados judicialmente ante su juez natural, esto es, ante el juez contencioso administrativo. En este contexto y con estas limitaciones, se debe situar e interpretar el art. 218 del C.C.A., en cuanto autoriza que los procesos contractuales puedan terminar por transacción. Cuanto hasta aquí se ha dicho, por lo demás, tiene perfecta correspondencia con algunas de las regulaciones más sobresalientes de los países europeos. En relación con la transacción, el Consejo de Estado francés ha precisado que, de conformidad con la ley, "no está permitido transigir sobre materias de orden público"; esta regla es general en el extranjero, como en Bélgica lo ha recordado la Corte de Trabajo de Bruselas. Es obvio que el examen que pueden realizar los árbitros sobre la correspondencia con el ordenamiento legal de los actos administrativos que tienen relación con el conflicto, es una facultad puramente tangencial, destinada a establecer su sentido, incidencia y alcance en las materias puestas a su conocimiento, lo cual significa que, en ningún caso, podrán desconocer implícita o expresamente dichos actos y menos aún declarar su ilegalidad".

[3] *ARTICULO 2469. DEFINICION DE LA TRANSACCION. La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual.*

[4] *ARTICULO 15. VALIDEZ DE LA TRANSACCION. Es válida la transacción en los asuntos del trabajo, salvo cuando se trate de derechos ciertos e indiscutibles.*

ACUERDO DE
TERMINACIÓN DE CONTRATO LABORAL POR MUTUO CONSENTIMIENTO

Los suscritos, **LABORATORIO BIOIMAGEN SOCIEDAD LIMITADA – BIOIMAGEN LTDA.** – identificada bajo el **NIT No. 830.016.595-1**, representada legalmente por **SANDRA PATRICIA OSORIO MORANTES**, mayor de edad, identificada con cédula de Ciudadanía No. 51.946.450 de Bogotá y **ALBA MARINA PRIETO GALINDO**, también mayor de edad, identificado (a) con cédula de ciudadanía **No.** 51.971.337 quien actúa en su calidad de trabajador (a) de la referida sociedad, han decidido de mutuo acuerdo dar por terminado el contrato de trabajo, en la forma que a continuación se indica:

1. Las partes en pleno uso de sus facultades, de manera libre, espontánea y consensuada han decidido terminar el contrato de trabajo que los unió desde el día NUEVE (9) de MAYO de dos mil siete (2007) con fundamento en lo dispuesto en el literal b del artículo 61 del Código Sustantivo de Trabajo.
2. La decisión de terminar de común acuerdo el contrato de trabajo es irrevocable y produce sus efectos a partir de la finalización de la jornada laboral del día TREINTA (30) de enero de dos mil diecinueve (2019). Las partes reconocen que el presente acuerdo es autónomo, por lo tanto, la terminación del contrato no está supeditada a la ocurrencia de acto conciliatorio posterior.
3. Para transigir cualquier diferencia que se derive de la relación laboral, BIOIMAGEN LTDA. ha ofrecido a él (la) trabajador (a) una bonificación económica equivalente a CINCO MILLONES CUATROSCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL CIENTO NOVENTA Y DOS PESOS m/cte ($5.475.192), junto con la correspondiente liquidación final de salarios, prestaciones sociales y demás derechos laborales (la cual hace parte integral del presente acuerdo), para un total de OCHO MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS ($8.788.657) pagaderos en tres (3) cuotas de la siguiente manera:

   Primera cuota ($2.929.552) – 28 de febrero de 2019

   Segunda cuota ($2.929.552) – 30 de marzo de 2019

   Tercera Cuota ($2.929.553) – 30 de abril de 2019

   El (la) trabajador (a), libre de cualquier coacción o apremio, ha aceptado la bonificación económica ofrecida por la empresa bajo el entendido de que esta no constituye salario ni factor prestacional para ningún efecto legal en los términos de las normas vigentes.

   No obstante lo anterior, el trabajador reconoce, manifiesta y acepta que en caso de tener deudas u obligaciones pendientes con la Financiera Progressa, el fondo de empleados o terceros, por cualquier concepto que el empleador este obligado a descontar de la liquidación de salarios y prestaciones sociales, dicha liquidación y las cuotas aquí pactadas se reajustarán una vez se descuenten los valores indicados por los terceros antes mencionados. En este caso el trabajador acepta que se practiquen los descuentos de la liquidación y se ajusten las cuotas anteriormente indicadas por las deducciones practicadas, sin necesidad de documento posterior que convalide el presente acuerdo y obligándose a suscribir la reliquidación que deba emitirse como resultado de lo aquí dispuesto.
4. Las partes han convenido que el presente acuerdo tiene el valor de transacción, con efectos de cosa juzgada, en los términos del Código Civil y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 15 del Código Sustantivo del Trabajo.
5. El (la) trabajador (a): **a)** Declara que ha sido suficientemente informada sobre el alcance y los efectos del presente acuerdo, y por lo tanto toda decisión o elección de su parte se da de forma libre y espontánea en el ámbito de su autonomía personal, **b)** Se compromete a guardar absoluta reserva y confidencialidad sobre los términos económicos del acuerdo, **c)** Declara que BIOIMAGEN LTDA se encuentra a paz y salvo por concepto de pago de salarios, prestaciones sociales, trabajo suplementario y/o demás derechos de índole laboral y de seguridad social. **d)** Declara zanjada cualquier diferencia relativa al pago de indemnizaciones y la naturaleza salarial o no de los pagos efectuados durante la vigencia de la relación laboral. **e)** Declara haber recibido el estado de pago de las cotizaciones de seguridad social y parafiscalidad sobre los salarios de los tres meses anteriores a la terminación del contrato y los comprobantes que lo certifican.

6. Por su parte, BIOIMAGEN LTDA declara que cumplirá de buena fe las obligaciones que surgen a la terminación del contrato de trabajo, así como aquellas obligaciones y compromisos que se establecen en el presente acuerdo.

Para constancia y perfeccionamiento, se suscribe el presente a los treinta (30) días del mes de enero de 2019 en dos ejemplares del mismo tenor con destino a cada una de las partes.

SANDRA PATRICIA OSORIO MORANTES
C.C. 51.946.450
Representante Legal Suplente
Laboratorio Bioimagen Ltda.

ALBA MARINA PRIETO GALINDO
C.C. No. 51.971.337

LABORATORIO BIOIMAGEN LTDA
Nit 830016595

FECHA REPORTE 30-01-2019 11:09 AM

Fecha Desde 16-01-2019 Fecha Hasta 31-01-2019

LIQUIDACION DEFINITIVA

NOMBRE	PRIETO GALINDO ALBA MARINA	**DOCUMENTO**	51971337
CARGO	TECNOLOGO DE RADIOLOGIA 1	**CAUSA RETIRO**	POR MUTUO ACUERDO
FECHA INGRESO	09-may-2007	**TIPO CONTRATO**	TERMINO INDEFINIDO
FECHA RETIRO	30-ene-2019	**SUELDO BASICO : NO INTEGRAL**	$1,343,300.00
TOTAL TIEMPO SERVICIO	4222	**BASE LIQUIDACION CESANTIAS**	$ 1,440,332.00
ULTIMA NOMINA	31-ene-2019	**BASE LIQUIDACION PRIMA**	$ 1,440,332.00
		BASE LIQUIDACION VACACIONES	$ 1,343,300.00

Tipo PAGO

CONCEPTO	UNIDADES	VALOR	ESTADO
BONIFICACION POR RETIRO		$5,475,192	LIQUIDADO
VACACIONES LIQUID DEFINITIVA NO INTEG	36.8333	$1,649,274	LIQUIDADO
PRIMA SERVICIOS - LIQ DEFINITIVA	30	$120,028	LIQUIDADO
CESANTIAS LIQ DEFINIT (CORTE31 DIC 2018)		$1,422,935	LIQUIDADO
CESANTIAS LIQUID. DEFINITIVA	30	$120,028	LIQUIDADO
INTERESES CESANTIAS LIQ DEFINITIVA	30	$1,200	LIQUIDADO
	Subtotal:	*$8.788,657*	

TOTAL NETO A PAGAR $8,788,657

SON: OCHO MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS.

Hago constar que encuentro correcta la liquidación de prestaciones sociales por lo que declaro Paz y Salvo por todo concepto laboral a LABORATORIO BIOIMAGEN LTDA y autorizo expresamente los descuentos aqui efectuados.

Bioimagen
Firma:
NOMINA Y LIQUIDACION PRESTACIONES

EMPLEADOR TESTIGO TRABAJADOR C.C ELABORADO POR

Bioimagen
Firma:
PAOLA C[illegible]NES HERRERA
COORD. ASE[illegible]

Documento Generado por Designer.RHN *DOCUMENTO CONFIDENCIAL* *liqdefini* *Página 1*

Consta en los citados documentos, que la liquidación final de prestaciones es parte integral del acuerdo y que además de ella, se reconoce una bonificación tendiente a transigir cualquier diferencia derivada de la relación laboral.

Al tema, es necesario señalar, en el escrito de demanda no se puso en discusión la validez del acuerdo transaccional en comento (frente a la mediación de la voluntad de las partes para su suscripción), no solo porque en el libelo introductor no se hace referencia a vicios del consentimiento, sino porque dicha circunstancia no fue objeto de reproche en la alzada, lo que impide a la Sala abordar su examen para desquiciar lo allí asentado.

Establecido lo anterior, y para resolver las inconformidades planteadas por vía de apelación, encuentra la Sala que la transacción suscrita por las partes no versa sobre derechos ciertos e indiscutibles, como quiera que a dicho acuerdo se incorporó la liquidación final de prestaciones a favor de la aquí demandante, cuya cuantificación tampoco se discutió en el decurso del proceso ni fue objeto de inconformidad en la censura, entregándose una bonificación, sin que aquí se discuta el modo legal de terminación.

Así las cosas, la Sala advierte las pretensiones de la demanda relativas a las cesantías correspondientes a los años 2018 y 2019, intereses sobre las cesantías del año 2019, prima de servicios y vacaciones del año 2019 fueron reconocidos por la demandada BIOIMAGEN LTDA. en la liquidación final de prestaciones, misma que hace parte del acuerdo transaccional a que llegaron las partes, mas no se arribó a un acuerdo diferente a lo que por ley le pudiera corresponder por estos conceptos.

En ese orden, resulta entonces acertada la declaratoria de cosa juzgada frente a las citadas pretensiones en tanto no se atacó la validez del contrato de transacción, siguiéndose en consecuencia la confirmación de la decisión de primer grado.

COSTAS en ésta instancia a cargo de la parte actora.

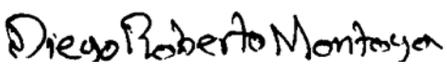
En mérito de los expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez 10 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con las motivaciones que preceden.

SEGUNDO: COSTAS en ésta instancia a cargo de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



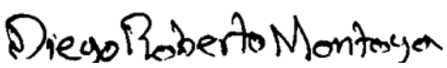
ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $500.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR RAFAEL LUCIANO QUINTERO BECERRA CONTRA ECOPETROL S.A. (RAD. 11 2018 00656 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, la partes guardaron silencio (fl. 299) el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juez Once Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 22 de noviembre de 2021 *(Cd a folio 293 record 16:09 y acta a folio 294 y 295)*, en la que se resolvió:

> ***PRIMERO: ABSOLVER*** *a la demandada ECOPETROL S.A de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte del ciudadano RAFAEL LUCIANO QUINTERO BECERRA, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente sentencia.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR*** *probados los hechos sustento de la excepción de inexistencia de la obligación reclamada propuesta por la pasiva, de conformidad con los argumentos esbozados en la parte motiva de este proveído.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR*** *en costas al demandante. Liquídense por secretaria inclúyase en ellas la suma de $400.000 pesos, valor en que se estiman las agencias en derecho y de conformidad con los argumentos normativos esbozados en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***CUARTO: CONSULTAR*** *esta decisión con la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el evento de no ser apelada por este sujeto procesal y de conformidad con los argumentos esbozados en la parte motiva de esta sentencia".*

La ausencia de apelación contra la providencia anterior, explica la presencia de las diligencias en esta sede judicial a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA, a lo cual se procede, previa la constatación de que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado.

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la parte demandante en éste proceso ordinario las pretensiones relacionadas a folios 130 y 131, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados a folios 124 a 127, aspirando principalmente se declare que es ineficaz la cláusula adicional al contrato de trabajo, en que se dispuso que el monto correspondiente al estímulo al ahorro no constituía salario y no tenía incidencia en la liquidación de las acreencias laborales legales o extralegales del accionante y en consecuencia se condene a la demandada a reliquidar la pensión de jubilación del demandante teniendo en cuenta la incidencia salarial del estímulo al ahorro, a reliquidar los salarios, las prestaciones sociales y pagar la diferencia entre lo pagado y lo que debió pagarse, la indemnización moratoria, indexación, lo ultra y extra petita y las costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primer grado totalmente desfavorable** por cuanto se absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, con fundamento en que el demandante suscribió con la encartada un acuerdo de la exclusión como factor salarial del beneficio del estímulo al ahorro, que resulta valido, en virtud de lo dispuesto en el artículo 128 del C.S.T.

Previo a resolver las inconformidades planteadas, es menester precisar, no es objeto de controversia la existencia de la relación laboral entre las partes, que se extendió entre el 16 de junio de 1986 y el 10 de abril de 2013, por cuanto desde la contestación de la demanda, aceptó la existencia del vínculo laboral, hecho que además se constata con los contratos de trabajo aportados al expediente.

El problema jurídico a resolver dentro del presente juicio, se circunscribe en determinar si el beneficio denominado estímulo al ahorro reconocido a favor del demandante, constituye o no factor de salario a efectos de lograr la reliquidación de las prestaciones y vacaciones solicitadas desde el libelo introductor.

Al respecto, al plenario se anexó la comunicación remitida al demandante, en la que entre otras situaciones, la sociedad convocada le informa sobre la aprobación de un estímulo al ahorro (fl. 50 y 51).

Revisada dicha misiva se advierte, fue suscrita por el demandante aceptando las condiciones, siendo oportuno traer a colación uno de sus apartes, donde después de informar la aprobación del pago mensual de un estímulo al ahorro a través de aportes voluntarios a la AFP elegida el actor se precisa:

> *"En ese sentido, se somete a su consideración la siguiente cláusula adicional a su contrato individual de trabajo vigente: "la partes expresamente conviene que conforme a lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 15 de la ley 50 de 1990, el monto del estímulo al ahorro que pueda llegar a reconocer esta Sociedad, considerando que tiene la connotación de ser variable y condicionado en función de la política de compensación vigente, el cargo desempeñado y la estructura salarial de ECOPETROL S.A., no constituye salario y, en consecuencia, no se tomará en cuenta para la liquidación de las acreencias laborales legales o extralegales que correspondan al trabajador."*
>
> *(...)*
>
> *En señal de aceptación y con el propósito de perfeccionar el reconocimiento, le agradecemos enviar copia firmada de la presente comunicación a la respectiva Regional de Gestión Humana y7o Coordinación de Servicios al Personal (...)"*

Tal y como se indicó anteriormente, dicha comunicación se encuentra firmada por el demandante, bajo la frase; *"Acepto las condiciones, términos y la cláusula adicional al contrato individual de trabajo propuesta"* en señal de aceptación.

Así pues, en la comunicación a través de la cual se ofertó el *"estímulo al ahorro"*, se le puso de presente al demandante que éste no constituiría factor salarial, y que se pagaría a la Administradora de Fondos de Pensiones, lo cual aceptó expresamente con su firma, advirtiéndose en todo caso, conforme lo dicho, el valor por concepto de estímulo del ahorro no lo percibió el actor de manera directa, pues el mismo es consignado a la A.F.P., coligiéndose en consecuencia, no ingresó directamente a su patrimonio sino a la cuenta en el Fondo de Pensiones Voluntarias que eligió.

En este punto, la hipótesis planteada en el presente asunto, es en últimas dilucidar si el estimado concepto *"estímulo al ahorro"* es constitutivo de salario por haber sido

"reconocido" al accionante; sin embargo, como quedó visto en líneas precedentes, tal emolumento no es pagado directamente al trabajador, en el entendido que el mismo es consignado a la Administradora de Pensiones Voluntarias, pudiendo considerarse no como salario, sino como un reconocimiento adicional a las prestaciones sociales reconocidas por el sistema de seguridad social sin incidencia salarial, así lo definió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante Sentencia proferida dentro de la radicación Nº 27851 de 24 de abril de 2007[1], en la que se recordó que no todo pago que reciba el trabajador dentro de la

---

[1] *"La hermenéutica que el recurrente pretende darle a los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto a que todo lo que percibe el trabajador en forma habitual constituye salario, contraviene al entendimiento que de marras le ha dado a las citadas disposiciones la jurisprudencia, por cuanto siempre existirán pagos, que aún, reconocidos en forma habitual, no son de naturaleza salarial, por no corresponder a la retribución directa del servicio. Además, no se puede soslayar que al interpretar el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, la jurisprudencia laboral ha expresado que lo realmente consagrado en su última parte es que pagos que son considerados "salario" pueden no obstante excluirse de la base de cómputo para la liquidación de otros beneficios laborales, tales como prestaciones sociales, indemnizaciones, etc., sin que ello implique violación de ningún precepto legal o constitucional.*

Así razonó esta Sala de Casación, en la sentencia de 7 de febrero de 2006, radicación No. 25734, cuando rememorando lo sostenido en relación con el tema, desde el extinto Tribunal Supremo del Trabajo afirmó:
"Para la Corte el anterior razonamiento del recurrente es equivocado al pretender que todo pago que reciba el trabajador en su calidad de tal y dentro de la ejecución de una relación de trabajo es constitutivo de salario, pues desconoce que desde antiguo la legislación laboral de nuestro país ha consagrado la existencia de diferentes pagos al trabajador que si bien tienen origen en el contrato de trabajo y se deben hacer en atención a la calidad de parte de ese contrato que adquiere el trabajador, no pueden ser considerados como salario por no remunerar el servicio prestado, esto es, por no corresponder a la retribución directa del trabajo. Por ello, al diferenciar el salario de otros derechos igualmente surgidos del hecho de trabajar, las prestaciones sociales, el extinto Tribunal Supremo del Trabajo aún antes de la expedición del Código Sustantivo del Trabajo, sentenció en fallo del 30 de abril de 1949 que:

"El salario es la remuneración del servicio que el trabajador presta al patrono; es la contraprestación correspondiente a la prestación trabajo. Las prestaciones sociales que emanan también del trabajo, pero que no tienen como finalidad retribuirlo directamente, tal como el auxilio de enfermedad, la cesantía, las vacaciones remuneradas, son cosa diversa que la ley ha creado con el propósito de otorgar un beneficio al trabajador en su afán de atender la debida protección que al Estado le atañe. Pero, en rigor, debe entenderse como salario solamente aquella porción que el trabajador recibe como remuneración inmediata de su servicio. Los beneficios colaterales o subsiguientes no tienen el mismo carácter, no importa que para ciertos efectos algunos de ellos deban ser considerados como tales" (G. del T. T IV. Núms 29 a 40).

"Y ya en vigencia del Código Sustantivo del Trabajo, al explicar la correcta inteligencia de sus artículos 127 y 128, precisó la Sección Segunda de esta Sala de la Corte en la sentencia del 6 de marzo de 1978:

"De modo que el sentenciador de segunda instancia interpretó erróneamente los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo cuando afirmó que existe una presunción legal según la cual 'Todo lo que recibe el trabajador por parte del patrono durante las prestación de sus servicios es salario', porque tal presunción, con el carácter de legal, no se encuentra establecida en los artículos 127 y 128 citados, ni en ninguna otra norma".

"Criterio que reiteró en el fallo del 18 de noviembre de 1982, radicado 899, en los siguientes términos:

"En cuanto a ello atañe, basta una lectura cuidadosa del aludido artículo 127 para concluir que no establece ninguna presunción legal sino que señala de manera amplia las diversas formas o modalidades que puede tener la retribución de servicios subordinados que se denomina salario.

"Es claro entonces que cuando el trabajador, además del salario convenido y de sus recargos por labores extraordinarias o suplementarias previstos en la ley, el contrato o la convención colectiva de trabajo recibe también otras sumas de dinero o suministros en especie, hace falta demostrar que aquéllas o éstos remuneran los servicios del empleado, para que puedan colacionarse en el cómputo de su salario real o efectivo, porque el solo texto del artículo 127 no conduce fatalmente a que todo lo que reciba el trabajador durante el lapso de sus servicios sea remuneración de éstos, es decir, salarios".

"Sostiene el recurrente que la finalidad de un beneficio recibido por el trabajador no es lo que determina si constituye salario, pues si la causa está en el hecho ser prestador de servicios subordinados, ello basta para que se constituya en factor salarial. Mas como surge de los criterios arriba trascritos, ese entendimiento es equivocado, como tuvo oportunidad de precisarlo la Corte en la sentencia del 12 de febrero de 1993, radicado 5481, en la que, al referirse al entendimiento que debe darse al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo después de la reforma a ese artículo introducida por la Ley 50 de 1990, explicó lo que a continuación se transcribe:

"Determinar cuáles de los pagos que el trabajador recibe del empleador constituyen salario y cuáles no, es tema de innegable relevancia para las relaciones obrero-patronales, tanto individuales como colectivas, por lo cual se hace necesario distinguir el "salario" propiamente dicho de otras remuneraciones y beneficios que también recibe el trabajador por razón de su trabajo o con ocasión del mismo, cuáles son las "prestaciones sociales", las "indemnizaciones" y los "descansos", según clasificación empleada hace ya tiempo por nuestra legislación positiva y de usanza predominante en el lenguaje ordinario de la vida laboral.

"Lo primero que debe asentarse es el hecho indiscutible de que todas estas expresiones "salario", "prestaciones sociales", "indemnizaciones" y "descansos" corresponden a pagos, reconocimientos o beneficios que el trabajador recibe a lo largo de su vida como tal, o inclusive cuando deja de serlo por alcanzar la jubilación o verse temporal o definitivamente imposibilitado para trabajar. No aciertan por consiguiente quienes afirman que sólo algunos de los enunciados beneficios son recibidos por el trabajador por el hecho de su vinculación laboral, pues la verdad es que todos encuentran su causa última en la prestación subordinada de servicios personales a otro. Siempre será entonces la relación laboral preexistente la razón de ser de todos esos beneficios y la que, directa o indirectamente, fundamente o justifique su reclamación o reconocimiento.

"Siendo cierto en consecuencia, como lo es, que los beneficios que el trabajador obtiene del empleador se originan todos en el servicio que le presta, la distinción de la naturaleza jurídica entre unos y otros no debe buscarse en su causa sino más bien en su finalidad, la cual sí permite delimitar claramente los diferentes conceptos.

"a) El pago del salario, desde el punto de vista jurídico, es la principal obligación de quien se beneficia del trabajo subordinado ajeno, como que constituye ordinariamente la contra prestación primordial y más importante de la actividad desplegada por el trabajador. El salario aparece así como la remuneración más inmediata o directa que el trabajador recibe por la transmisión que hace de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador, por lo cual se considera uno de los elementos esenciales de toda relación de trabajo, sin que importe la forma jurídica —contrato de trabajo o relación legal y reglamentaria— que regule la prestación personal subordinada de servicios.

"b) La prestación social, al igual que el salario, nace indudablemente de los servicios subordinados que se proporcionan al empleador, pero a diferencia de aquél —y en esto quizá estriba la distinción esencial entre ambos conceptos— no retribuye propiamente la actividad desplegada por el trabajador sino que más bien cubre los riesgos o infortunios a que se puede ver enfrentado: La desocupación, la pérdida ocasional o permanente, parcial o total, de su capacidad laboral por enfermedad, accidente, vejez, etc. y la muerte, con la natural secuela de desamparo para el propio trabajador y para aquellos que dependen de su capacidad productiva.

"Que el propósito primordial del legislador al estatuir las denominadas "prestaciones sociales", fue el de amparar el trabajo humano frente a los riesgos que le son inherentes y no otra, resulta del hecho, relativamente inadvertido, de que la Ley 90 de 1946 y luego los decretos legislativos que constituyen la base de nuestro Código Sustantivo del Trabajo, hayan establecido la temporalidad de las prestaciones sociales a cargo directo del empleador, con miras a que fueran asumiéndose por entidades de seguridad o previsión social (arts. 193 y 259 del C.>3. del T.).

"Como se ve, lo que el legislador tuvo en cuenta al establecer las denominadas "prestaciones sociales", fue la necesidad de cubrir los riesgos de desocupación, de salud y de vida que eventualmente conllevan la pérdida del empleo o del vigor o la integridad tísica y, en general, de todas aquellas contingencias en que el trabajador pierde su fuerza de trabajo, o se ve impedido temporalmente para ejercitarla, o resulta disminuida su capacidad laboral de modo tal que no le es posible procurarse el salario necesario para su subsistencia personal y familiar.

"El criterio según el cual las "prestaciones sociales" son aquellas que cubren riesgos inherentes al trabajo, permite deslindar nítidamente lo que el trabajador recibe por dicho concepto —directamente del empleador o por intermedio de las entidades de seguridad o previsión social— de lo que se le paga o reconoce por el empleador como contraprestación a los servicios que el trabajador realiza, o sea, a la actividad que éste despliega en cumplimiento, a su vez, de su principal obligación emanada de la relación de trabaja.

"Entendiéndose las "prestaciones sociales" como el mecanismo de seguridad social ideado por el legislador nacional para cubrir los riesgos que afectan el desempleo, la salud y la vida del trabajador, resulta apenas lógico que cualquier otro régimen, legal o convencional, orientado a amparar estas contingencias constituirá igualmente una prestación social, en la misma forma que lo son las sumas de dinero o los beneficios que se reconocen por razón del accidente de trabajo, la enfermedad profesional o común, la maternidad, los gastos de entierro, el auxilio de cesantía, las pensiones de jubilación o vejez, las pensiones de viudez, orfandad e invalidez, garantías todas que no obstante su distinta finalidad específica se agrupan dentro del género de las "prestaciones sociales" porque están dirigidas a cubrir riesgos laborales.

"La circunstancia innegable de que nuestro estatuto laboral también como prenda dentro del título que regula las prestaciones sociales los beneficios correspondientes a la prima de servicios y la dotación de calzado y vestido de labor —de los cuales podría decirse que no cubren riesgos— no alcanza a invalidar la argumentación que se viene exponiendo. En efecto, la referida prima de servicios, bajo la reglamentación anterior a la Ley 50 de 1990, sustituyó la participación de utilidades y la prima de beneficios que establecía la legislación anterior (art. 306-2, C. S. del T.), que evidentemente tenían carácter salarial (art. 127 ibídem), razón por la cual tuvo que disponerse, para guardar armonía con el artículo 128 que no era salario y que no se computaría como salario en ningún caso (art. 307) y en cuanto al suministro del calzado y vestido de labor es bien sabido que no corresponde propiamente a una retribución del servicio sino a la dotación de elementos de trabajo para un mejor desempeño de la función, que tuvo su origen en un claro propósito de seguridad industrial.

"c) Las indemnizaciones, que por definición corresponden a reparaciones de daños, en su doble modalidad de compensatorias y moratorias, resarcen los perjuicios que el trabajador llegue a sufrir como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones legales o convencionales del empleador, o por el desconocimiento de los precisos deberes legales que la ley le impone al empleador en determinadas circunstancias.

ejecución de una relación de trabajo es constitutivo de salario, estimando la Corte, la legislación laboral consagra la existencia de diferentes pagos que si bien tienen

---

"d) Los "descansos obligatorios" regulados por el Código Sustantivo del Trabajo comprenden el "descanso dominical remunerado", el "descanso remunerado en otros días de fiesta" y las "vacaciones anuales remuneradas". Si bien, conforme lo afirma la recurrente, el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo sostuvo que los descansos remunerados comprendidos dentro del Título VIII del Código podían clasificarse como una sui generis prestación social, en la medida en que, en principio, no es posible considerarlos como "salarios" ni tampoco como "indemnizaciones", lo cierto es que este descanso, de innegable sentido protector de la salud y bienestar físico del trabajador, no cubre un riesgo inherente a la actividad laboral, como si lo hacen las verdaderas "prestaciones sociales". De este modo mientras los eventos que amparan las denominadas prestaciones sociales son contingentes, las vacaciones y los demás descansos legalmente obligatorios deben siempre disfrutarse, salvo los casos de excepción que puntualiza la ley.

"Si bien es verdad que existen normas que autorizan la acumulación del descanso de las vacaciones o su disfrute parcial e inclusive, en casos extremos, su compensación en dinero —caso en el cual pareciera estarse más bien frente a una indemnización—, estas situaciones excepcionales no desdibujan la finalidad primordial que persiguen los descansos remunerados: Que mediante la inactividad laboral el trabajador recupere su fuerza de trabajo paulatinamente desgastada a medida que va acumulándose la fatiga propia de la labor cumplida.

"La circunstancia de que los descansos remunerados, y en especial las vacaciones, no cubran riesgos laborales propiamente dichos, obliga a concluir que no estuvo desencaminado el legislador cuando, al expedir el Código Sustantivo del Trabajo, no los incluyó dentro del régimen de las prestaciones sociales sino que formó con ellos un grupo aparte:

"El de los "descansos obligatorios". Y el hecho de que posteriormente se hayan expedido normas como los Decretos 3135 de 1968 y 1045 de 1978 que, al regular materias laborales de los empleados oficiales, refundan las vacaciones de esos trabajadores como una prestación social, no invalida la afirmación de que las auténticas "prestaciones sociales" son aquellas por medio de las cuales se cubren riesgos inherentes al trabajo humano subordinado.

"Por otra parte, adicionalmente a la remuneración del trabajo, las prestaciones sociales, las indemnizaciones y los descansos, el trabajador también puede recibir del empleador —y lo hace frecuentemente— algunos pagos no constitutivos de salario puesto que no tienen como objeto retribuir el servicio sino que están destinados a facilitarle el desempeño cabal de sus funciones o son una simple liberalidad ocasional del empleador (art. 128 del C. S. del T.)"

En el presente asunto, el beneficio que el actor recibía consistía en un aporte que mensualmente efectuaba el empleador al Fondo de Pensiones Voluntarias Class Inversión, en Colfondos, cuyo titular era él, aporte que por su naturaleza, es afín a las denominadas prestaciones sociales, entendidas, como quedó asentado, como aquellas que no retribuyen propiamente la prestación del servicio, sino las que atienden contingencias que ocasionalmente puede enfrentar el trabajador, como son, entre otras, el quedar cesante, perder la capacidad laboral, llegar a la vejez o fallecer. En este orden de ideas, estima la Sala que el aporte aludido era simplemente adicional a las prestaciones económicas que reconoce el sistema general de pensiones.

De manera que si en virtud del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el 15 de la Ley 50 de 1990, las partes hoy contendientes, pactaron o convinieron expresamente que el denominado "aporte de patrocinio" no constituía salario, dicho acuerdo en ningún caso está afectado de ineficacia, ni viola beneficios mínimos establecidos en normas laborales, pues tal consenso encaja perfectamente dentro de lo permitido por la citada disposición legal. *(Negrilla de la Sala)*

origen en el contrato de trabajo y se deben hacer en atención a la calidad de parte de ese contrato, no pueden ser considerados como salario por no remunerar el servicio prestado, pudiendo diferenciarse su naturaleza jurídica, no por su causa sino por su finalidad, concluyendo en esa oportunidad, el aporte realizado al Fondo de Pensiones Voluntarias, por su naturaleza, era afín a las denominadas prestaciones sociales, entendidas como aquellas que no retribuyen propiamente la prestación del servicio, sino que atienden contingencias que ocasionalmente puede enfrentar el trabajador, como son, entre otras, el quedar cesante, perder la capacidad laboral, llegar a la vejez o fallecer, constituyéndose en un rubro adicional a las prestaciones económicas que reconoce el sistema general de pensiones.

En la misma orientación de pronunció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reciente Sentencia SL1405 del 11 de febrero de 2015[2], en la cual se dijo expresamente en relación con un rubro similar al aquí examinado, que éste se aleja del concepto de contraprestación directa del servicio que define el artículo 127 del CST para que adquiera la connotación salarial, pues éste no era entregado directamente al trabajador para que dispusiera de esos dineros a su arbitrio, tal y como acontece con el salario, sino que se efectivizaba a través de una cuenta de pensión voluntaria en el Fondo de Pensiones Voluntarias, cuya titular era la allí demandante, valores que por disposición de los artículos 62 y 63 de la Ley

---

[2] *"Sobre el particular, es decir, el paquete de beneficios ofrecido por la empresa, no cabe duda, y no fue materia de discusión, que la señora Triana de Quintero se favorecía del «bono de desempeño» y del «aporte voluntario a fondo de pensiones». Este último consiste en que por cada peso que ahorre el trabajador, la empresa contribuye con otro, con un máximo del 8% del salario básico mensual, lo cual se canalizaba a través de un fondo de pensiones autorizado por la ley (Folio 115 del cuaderno principal).*

Ese aporte, según dicho Manual, tiene como objetivo permitir que los empleados de la demandada mejoren los niveles de ahorro para el fortalecimiento de su estabilidad económica en el largo plazo (Folio 114), en otras palabras, constituye un estímulo al ahorro, lo cual se aleja del concepto de contraprestación directa del servicio que define el artículo 127 del CST para que adquiera la connotación salarial.

Confirma el anterior aserto el hecho de que los pagos efectuados por la demandada a la accionante por concepto de "FVP aporte empresarial" como estímulo al ahorro, no se los entregaba directamente para que dispusiera de esos dineros a su arbitrio, tal y como acontece con el salario y con las mayoría de las prestaciones sociales, puesto que según la prueba documental que corre a folios 261 a 300 del cuaderno de primera instancia, esos "aportes voluntarios de ahorros" como los define el Manual de Beneficio Flexibles (Folio 114), se efectivizaban a través de una cuenta de pensión voluntaria en el Fondo de Pensiones Voluntarias Skandia, cuya titular era la señora Triana de Quintero, valores que por disposición de los artículos 62 y 63 de la Ley 100 de 1993, este último modificado por el 49 de la Ley 1328 de 2009, también pueden tener como destino el incremento de la mesada inicial de su pensión o un retiro programado".

100 de 1993, este último modificado por el 49 de la Ley 1328 de 2009, también pueden tener como destino el incremento de la mesada inicial de su pensión o un retiro programado, posición que se ha venido acogiendo y se acoge en su integridad en esta oportunidad, por provenir del máximo órgano de la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

De conformidad con lo anterior, la suscripción de la cláusula en la cual se pactó la exclusión como factor salarial, del pago por concepto de *"estímulo al ahorro",* ya referida, mantiene la eficacia propia de los acuerdos celebrados entre las partes, cuando los mismos no afectan o desconocen el mínimo de derechos y garantías, conforme lo indica el artículo 13 del C. S. del T., por cuanto, tal como se anotó, el emolumento referido, no constituye salario.

En otro aspecto, dentro de las diligencias no existe material de prueba en orden a estimar si cierta y efectivamente el demandante estuvo afectado de algún vicio en el consentimiento, a voces de lo normado en el artículo 1502 del C.C., que lo condujera a suscribir el documento, mediante el cual se sometió a su consideración, el referido estímulo no constituiría salario, sin que tampoco a lo largo del debate se percibiera que el demandante al suscribir el mismo tuviese afectada su voluntad de fuerza generada por su empleador, en los términos del artículo 1513 del C.C., y en el mismo sentido, tampoco existe prueba que conduzca a estimar que la accionada utilizó maniobras fraudulentas con la intención de engañar al actor, orientándolo o induciéndolo a suscribir el referido documento, ni se acredita la presencia de error en cuanto no se advierte que el demandante tuviese un falso concepto acerca de la actitud asumida al aceptar su no connotación salarial, en la medida que el error, la fuerza y el dolo, como vicios de los actos y declaraciones de voluntad, no se presumen, sino que deben demostrarse plenamente.

Así las cosas, agotada como está la competencia de la Sala habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, por arribarse a las mismas conclusiones a las que llegó el Juez de primera instancia, se confirmará la sentencia de primer grado.

Sin COSTAS en esta instancia.

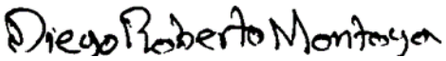
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C., SALA LABORAL**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez Once Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las motivaciones precedentes.

SEGUNDA: sin COSTAS en ésta instancia.

NOTIFIQUESE, CÓPIESE Y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

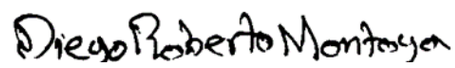
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CLAUDIA HELENA AVILA GÓMEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. Y LATAM CREDIT COLOMBIA S.A. (RAD. 12 2021 00069 01)

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA CAMILA BEDOYA GARCÍA en su calidad de apoderada de la entidad (fl. 10).



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por COLPENSIONES (folios 4 a 9) y COLPENSIONES (fl. 12), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, proceden al estudio del recurso de apelación interpuesto contra el auto que negó el decreto de la prueba de interrogatorio a la demandante y prueba testimonial y la sentencia de primer grado, y en consecuencia profieren las siguientes decisiones:

PROVIDENCIA

Inicialmente, decide la Sala el recurso apelación interpuesto por el apoderado de la demandada Latam Credit Colombia S.A., contra el auto proferido por el Juzgado Doce Laboral del Circuito, en audiencia celebrada el 4 de noviembre de 2021, mediante el cual negó a favor de dicha sociedad, el decreto de la prueba de interrogatorio de parte a la demandante y los testimonios de de Rosa Yaneth Ruiz y Martha Sofía Rodríguez, por considerarlos innecesario (Audiencia Virtual, archivo 020.11001310501220210006900O, récord 0:22:39).

En la sustentación del recurso señala el apoderado recurrente que se aparta de la decisión proferida por el Despacho, por considerar necesaria la práctica de las pruebas, para demostrar el proceso que se adelanta cuando se presentan inconvenientes por pagar en otra AFP, e igualmente demostrar que efectivamente se hicieron los aportes a seguridad social"[1](Audiencia archivo 020.11001310501220210006900O, récord 0:28:51).

Para resolver se hacen las siguientes,

C O N S I D E R A C I O N E S

De conformidad con el numeral 4º del artículo 65 del C.P.T. y de la S.S. el auto mediante el cual se *"… niegue el decreto… de una prueba"* es susceptible del recurso de apelación, y en consecuencia procede la Sala a resolver lo

[1] *"**Apoderado demandada (0:25:51):** Con el respeto que merece el despacho presento recurso de apelación y en subsidio el de apelación contra el auto que decidió negar el decreto y la práctica del interrogatorio de parte y la prueba testimonial solicitada en la contestación de demanda. Su señoría, lo anterior como ya se había manifestado, se hace necesaria, conducente y pertinente la prueba en el sentido de demostrar que mi representada hizo los pagos a la seguridad social y que el procedimiento interno dentro de la empresa está dada al cumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 37 del Decreto 692, del artículo 10 del Decreto 1161 y el artículo 11 del Decreto 395 de 2008. En ese sentido su señoría, solicito reconsidere la decisión de negar la práctica y el decreto de estas pruebas y en su lugar decida concederlas y practicar las mismas pruebas. En caso que no se reponga la decisión su señoría, solicito se conceda el recurso de apelación. Muchas gracias.*

pertinente atendiendo los puntos concretos objeto de controversia (Art. 66 A *ibídem).*

Al respecto es de advertir, la parte demandada solicitó el decreto del interrogatorio de parte al demandante y la práctica una prueba testimonial. En este orden de ideas, a efecto de determinar la conducencia, pertinencia y utilidad de las pruebas solicitadas, es de advertir, las pretensiones a las que se refiere la demanda se enfilan a que se corrija la historia laboral de la demandante, por advertir inconsistencias como anotaciones de periodos en mora y el registro de la convocante como trabajadora independiente a pesar de haberse efectuado los pagos y cotizado como empleada *(archivo 01. Demanda y anexos folios 1 a 41.pdf, expediente digital).*

Así las cosas, debe recordar la Sala, con la entrada en vigencia de la ley 1149 de 2007, se fortaleció el principio de oralidad, el cual supone los de publicidad, inmediación y concentración, así como la premisa según la cual el Juez es el director del proceso, quien se erige como tal en el curso de los juicios laborales, dadas las facultades que a él confiere el derecho procesal laboral, al consagrarlo así en el artículo 48 del C.P.L y S.S., norma que al otorgarle al Juez tal facultad, le permite conducir la litis en forma tal que garantice su rápido adelantamiento, así como el derecho de defensa de las partes, y por sobre todo, la inmediación, permitiéndole estar al tanto en la formación de los medios de prueba de utilidad para su convencimiento.

El principio de inmediación es de la esencia del proceso oral, pues éste impone al Juez, estar siempre presente dirigiendo la actuación, con lo cual adquiere el conocimiento del litigio en toda su extensión, y tiene contacto directo con los intervinientes, lo cual le permite un amplio conocimiento de los hechos, así como conducir el procedimiento evitando dilaciones, actuaciones o pruebas innecesarias, siempre bajo el respeto de los derechos fundamentales de las partes; igualmente, la concentración implica que los actos procesales deben aproximarse en el tiempo al máximo posible. En la misma orientación, el artículo 53 del C.P.L. y S.S., confiere la facultad al Juez de rechazar la práctica

de pruebas y diligencias inconducentes o superfluas en relación con el objeto del pleito, mediante decisión motivada.

De tal manera, sea lo primero significar, el Juzgador de primer grado, al resolver la solicitud de la prueba, lo hizo precisamente en uso de tales facultades, atendiendo a las circunstancias propias del tema, por lo cual al negarse el decreto de la pruebas solicitadas, está ejerciendo las funciones derivadas de la inmediación y de la instrucción misma de la Litis, advirtiendo la Sala si bien el artículo 198 del Código General del Proceso, da la posibilidad de citar a las partes en contienda a fin de interrogarlas, lo cierto es que para el presente caso, situaciones como la corrección de errores en la historia laboral relativos a los aportes pagados a favor de la demandante deben ser dilucidadas por medio de la documental aportada por las partes al expediente, no siendo el interrogatorio de parte y la prueba testimonial, los medios idóneos para dilucidar el problema jurídico sometido a estudio.

Razón por las cual se considera, conforme a los supuestos planteados por las partes y los medios de prueba decretados, el interrogatorio de parte y los testimonios se hacen innecesarios y no prestan utilidad a fin de esclarecer los supuestos fácticos de la demanda, no encontrándose por ende errada la decisión del juez a quo ya que atendiendo sus facultades como director del proceso obró de conformidad, atendiendo los postulados de los artículos 48 y 53 del C.P.L, lo cual no obsta para que en caso de haberlo considerarlo viable el Juzgador de primera instancia, en ejercicio de las aludidas facultades, hubiera decretado los medios de prueba que estimara necesarios para resolver el debate planteado por las partes.

De conformidad con las consideraciones que anteceden procede la confirmación del proveído apelado.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte recurrente –LATAM CREDIT COLOMBIA S.A.-

En mérito de lo expuesto se

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR el auto apelado de conformidad con las razones expuestas por esta Sala de decisión.

SEGUNDO: COSTAS de la alzada a cargo del recurrente. Se fijan como agencias en derecho la suma de $500.000.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta a favor de dicha entidad, contra la sentencia proferida por el Juez Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 31 de enero de 2022 (archivo 20 record 28;18), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: CONDENAR** a COLFONDOS S.A. PENSIONES y CESANTÍAS a trasladar, en caso de que no lo haya hecho, el periodo de agosto de 2002, cotizado a nombre de la demandante CLAUDIA HELENA AVILA GOMEZ, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, conforme lo expuesto.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a corregir en la historia laboral de la señora CLAUDIA HELENA AVILA GOMEZ, identificada con C.C. No.52.504.555, los siguientes periodos los cuales deberán aparecen cotizados por CAMBIOS COUNTRY S.A., NIT 800.173.489-1, o por MACRO FINANCIERA NIT 860.024.414-1, hoy LATAM CREDIT COLOMBIA S.A. EN LIQUIDACIÓN, que absorbió por fusión a CAMBIOS COUNTRY S.A., y no por la demandante como persona natural, y se deben tener como efectivamente cotizados entonces:*
>
> *a. 2 de enero de 2002 a 30 de abril de 2002*
>
> *b .1 de junio de 2002 a 30 de marzo de 2003*
>
> *c. 1 de mayo de 2003 a 30 de septiembre de 2003.*
>
> *Lo anterior, conforme lo expuesto.*

> ***TERCERO: DECLARAR*** *no probadas las excepciones propuestas por ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES y CESANTÍAS, conforme lo expuesto.*
>
> ***CUARTO: ABSOLVER*** *a las demandadas LATAM CREDIT COLOMBIA S.A. EN LIQUIDACIÓN, y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. de las pretensiones incoadas por la señora CLAUDIA HELENA AVILA GOMEZ.*
>
> ***QUINTO****: Sin condena en costas.*
>
> ***SEXTO: CONSULTAR*** *la presente decisión ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, por lo expuesto.*
>
> ***SÉPTIMO:*** *En cumplimiento de lo ordenado en el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispone que, por secretaría, se remita copia de esta decisión a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, previo al envío del expediente al superior".*

Inconforme con la decisión el apoderado de COLPENSIONES la apeló, argumentando que su representada no está legitimada para efectuar correcciones en la historia laboral, pues se trata de un error en la remisión de la información por parte del fondo privado a COLPENSIONES en el momento en que la actora se trasladó de régimen pensional y según la ley de habeas data, solo la AFP que envía la información es la habilitada para realizar correcciones en la historia laboral, sentido en el que se pronunció la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 758 de 2018 y la Corte Constitucional en sentencia T 079 de 2016[2].

---

[2] *"**Apoderado COLPENSIONES (32:35):** Gracias su señoría siendo este el momento procesal oportuno me permito interponer recurso de apelación contra la decisión adoptada por su honorable despacha, su señoría. Muchas gracias su señoría, procedo a argumentar recurso de apelación como en derecho corresponde, solicito al Honorable Tribunal de Bogotá Sala Laboral, revocar la condena impuesta a mi defendida en razón a que la misma no se encuentra legitimada en la causa, como se expuso en el fallo del a quo para realizar correcciones a la historia laboral, más aun cuando la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES no estuvo presente en las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dio la relación laboral entre la demandante CLAUDIA HELENA AVILA y la AFP COLFONDOS, se trata de un error de remisión de la información que reportan los afiliado, el fondo privado de pensiones perdón, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES , quien recibe de buena fe la información y lo único que hace es proyectarla en la historia laboral, información que se reportó al momento de un traslado de régimen pensional,*

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante CLAUDIA HELENA AVILA GÓMEZ en este ordinario, las pretensiones relacionadas en el expediente (archivo 004.SUBSANACION DEMANDA, folios 3 y 4, expediente digital), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados (fls. 4 y 5 ibídem), solicitando se ordene a COLPENSIONES que corrija su historia laboral en el sentido que figura como el empleador y no como la trabajadora; se ordene a la citada entidad que aplique los periodos laborados y cotizados en las fechas en que fueron laborados, por cuanto en la historia laboral figuran como pago extemporáneo y a nombre de la demandante y no de la empresa que efectuó los aportes y se le condene en costas del proceso.

Obtuvo sentencia favorable a sus aspiraciones por cuanto se condenó a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES las cotizaciones correspondientes al ciclo de agosto de 2002 cotizado a nombre de la demandante; se condenó a COLPENSIONES a corregir en la historia laboral

---

del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación, traslado de régimen que se presentó el 05 de agosto de 2013.

Conforme como se plantea en la ley de habeas data la única habilitada para realizar correcciones a la historia laboral es la AFP originaria de donde se envía la información para que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES asuma la administración de estos recursos para financiar un posible derecho pensional, que en derecho le pueda corresponderá a la demandante.

De otro modo, se configuró en este proceso Honorables magistrados la falta de legitimación en la causa conforme se expone en la sentencia SL 758 de 2018, y sentencia T 079 de 2016, en donde se ha pronunciado la honorable Corte y los Altos Tribunales en cuanto a la falta de legitimación en la causa que se presenta en este litigio. De este modo su señoría solicito muy respetuosamente concederme el recurso de apelación que en derecho corresponde, dejándolo por sustentado y el uso de la palabra. Muchas gracias su señoría.

de la demandante los ciclos de enero a abril de 2002, junio de 2002 a marzo de 2003 y mayo de 2003 a septiembre de 2003, para que figuren cotizados por CAMBIOS COUNTRY S.A. o por MACROFINANCIERA hoy LATAM CREDIT COLOMBIA S.A. en liquidación.

Lo anterior tras considerar que entre enero de 2002 y septiembre de 2003, la demandante estuvo vinculada mediante contrato de trabajo a la sociedad Cambios Country .S.A., que luego fue absorbida por fusión por Macrofinanciera S.A., sociedad que desde diciembre de 2014 cambió su nombre a LATAM CREDIT Colombia, hoy en liquidación. Advirtió que el empleador efectuó el pago de aportes a favor de la actora por los periodos señalados en la demanda a Porvenir S.A., aportes que luego fueron girados a COLFONDOS S.A., entidad que a su vez los trasladó a COLPENSIONES. Sin embargo, encontró que PORVENIR trasladó a COLFONDOS el ciclo de agosto de 2002, pero esta última no lo contabilizó ni lo trasladó a COLPENSIONES.
De otro lado, encontró que COLPENSIONES reportó en forma equivocada los aportes aludidos, como si la demandante hubiera cotizado como independiente y algunos ciclos los reporta como en mora y no los suma como efectivamente cotizados, pese a que fueron pagados oportunamente.

Así las cosas, lo primero que debe advertir la Sala es que no es motivo de controversia en esta instancia que la demandante estuvo vinculada mediante contrato de trabajo con la sociedad CAMBIOS COUNTRY S.A, hoy LATAM CREDIT COLOMBIA entre el 2 de enero de 2002 y el 30 de septiembre de 2003, como consta en la certificación aportada con la contestación de la demanda por parte de LATAM CREDIT COLOMBIA (archivo 007. Contestación Latam. pdf página 19) y los certificados de existencia y representación legal aportados (fls. 149 a 172 ibídem).

Así mismo, de los reportes y las planillas de pago aportadas con la contestación de la demanda por parte de LATAM CREDIT COLOMBIA (archivo 007. Contestación Latam. pdf páginas 60 a 145), se constata que CAMBIOS COUNTRY efectuó oportunamente los aportes a pensión a favor de la aquí demandante en el fondo de pensiones PORVENIR S.A., como se

constata a folio 146 ibídem, documento en el que también consta que dichos aportes fueron trasladados a COLFONDOS S.A.

También está acreditado que COLFONDOS S.A. trasladó a COLPENSIONES la totalidad de cotizaciones que tenía en la cuenta de ahorro individual a nombre de Claudia Helena Ávila Gómez, (archivo 001.DEMANDA Y ANXOS.pdf, página 19 expediente digital) y que éstas se ven reflejadas en la historia pensional elaborada por COLPENSIONES (fls. 9 a 16 ibídem).

En todo caso, analizado el detalle de pagos contenido en la historia elaborada por COLPENSIONES, se advierte que en los periodos del 2 de enero de 2002 al 30 de abril de 2002, del 1° de junio de 2002 al 30 de marzo de 2003 y del 1° de mayo de 2003 al 30 de septiembre de 2003 figura como cotizante la demandante, pese a que como ya se acreditó en estos tiempos estaba vinculada mediante contrato de trabajo con CAMBIOS COUNTRY S.A., que fungió como su empleador, por lo que tal como lo dispuso el a quo, le corresponde a la demandada COLPENSIONES corregir en este sentido la historia laboral de la demandante, consignando como empleador a la citada sociedad, o a LATAM CREDIT COLOMBIA S.A. con la que se fusionó.

En igual sentido, se constata que aunque dichos periodos están incluidos en la historia pensional de la convocante, no hacen parte de la sumatoria total de los aportes a favor de la demandante, situación que resulta por demás extraña, si se tiene en cuenta que, como se acreditó en precedencia, el empleador pagó las cotizaciones oportunamente a la AFP PORVENIR, ésta trasladó todos los aportes de la demandante a COLFONDOS S.A. última que a su vez, trasladó dichos ahorros a COLPENSIONES.

En ese orden, aunque se itera, está evidenciado el pago oportuno de dichos ciclos y su traslado a COLPENSIONES, lo cierto es que la aquí demandante no puede verse perjudicada por las inconsistencias que pueda comportar el reporte de semanas cotizadas, por lo que corresponde a COLPENSIONES contabilizar dichos periodos al acumulado de cotizaciones de la actora y, en caso de advertir alguna irregularidad frente al recaudo de dichos conceptos,

acudir a las acciones administrativas y judiciales que la ley prevé para el efecto.

A tono con lo anterior, se recuerda que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha enfatizado que a las administradoras les asiste el deber de custodia de la información pensional de sus afiliados y garantizar que dicha información sea fidedigna con el record laboral de los trabajadores, a fin de salvaguardar la confianza de sus afiliados, quienes de buena fe depositan bajo su custodia una información tan sensible para sus expectativas de vida. Así lo dijo la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 5170 de 2019, así:

> *"Lo anterior denota por parte de Colpensiones una conducta transgresora de las pautas que deben guiar el tratamiento de las historias laborales a su cargo. En efecto, al estar sometida la entidad a los lineamientos de la Ley 1581 de 2012, se encuentra en la obligación de custodiar, conservar y guardar la información de las cotizaciones de sus afiliados, premisa que involucra el deber de organizar y sistematizar correctamente esos datos.*
>
> *Asimismo, la entidad y las administradoras de pensiones, tienen la obligación de consignar información cierta, precisa, fidedigna y actualizada en las historias laborales, esto es, garantizar que su contenido sea confiable. Esta exigencia origina, a su vez, una prohibición correlativa frente al tratamiento de datos parciales, incompletos, fraccionados o que induzcan a error.*
> *De otra parte, Colpensiones en su condición de responsable del tratamiento de datos personales, debe asegurar un manejo transparente de la información consignada en las historias laborales y la veracidad y completitud de la misma".*

Es más, en la sentencia T-079 de 2016, a que hizo referencia el recurrente, recordó la Corte Constitucional, que los datos contenidos en la historia pensional corresponden al *"soporte probatorio del esfuerzo económico realizado por el trabajador para acceder a los ingresos que no podrá procurarse por sí mismo en cierta etapa de su vida y la de la historia laboral como documento contentivo de datos personales que requieren de un tratamiento especial*[27]*, consecuente con la entidad de los bienes jurídicos involucrados en el manejo de la información que consignan"* Y a renglón seguido señaló:

> *"23. El valor probatorio que ostenta la historia laboral compromete a las entidades encargadas de su administración a asegurar que su contenido sea confiable, esto es, a garantizar que refleje el verdadero esfuerzo económico que realizó el potencial beneficiario de la pensión en aras de la satisfacción de las condiciones legales para acceder a ella. La confiabilidad de la historia laboral depende de que la información que allí se consigna sea cierta, precisa, fidedigna y actualizada. Tal es el sentido del principio de veracidad o calidad intrínseco al tratamiento de los datos a cuyo cargo se encuentran la administradora del régimen pensional de prima media y los fondos privados de pensiones.*
>
> *El referido principio, contemplado en el artículo 4º de la Ley 1581 de 2012, exige que la información personal almacenada por las entidades públicas o privadas sea veraz, completa, exacta, actualizada, comprobable y comprensible. Tal exigencia origina, a su vez, una prohibición correlativa frente al tratamiento de datos parciales, incompletos, fraccionados o que induzcan a error.*
>
> *La obligación que surge para las administradoras de pensiones en ese contexto se traduce, como ocurre respecto de su obligación de conservación, guarda y custodia, en la imposibilidad de denegar el reconocimiento o pago de las prestaciones económicas contempladas por el sistema alegando la estructuración de errores que, como responsables de las historias laborales, les son atribuibles. Así lo ha referido esta corporación en varias oportunidades".*

Bajo tal panorama, no son de recibo los argumentos del recurrente relativos a la imposibilidad de su representada de efectuar las correcciones ordenadas, pues como ya quedó acreditado, la demandante, por medio de su empleador efectuó oportunamente los pagos de los aportes a que se ha venido haciendo referencia y las administradoras PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. reportaron debidamente la información, acreditando además el traslado de los recursos a COLPENSIONES, lo que deja al descubierto, que fue ésta última entidad y no las demás enjuiciadas, la que incurrió en los yerros advertidos, en la confección del reporte de semanas cotizadas de la demandante, por lo que procederá la Sala con la confirmación de la sentencia recurrida y consultada.

De esta manera se agota la competencia de la y conforme las motivaciones precedentes, se confirmará integralmente la sentencia de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

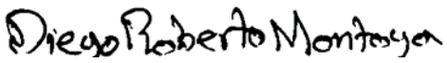
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR en la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D. C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS S.A. -EPS SANITAS- CONTRA LA ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES (RAD. 15 2014 00414 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por ambas partes (fls. 297 a 302 y 304 a 307), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de ambas partes, como también el grado jurisdiccional de consulta en favor del ADRES, contra la sentencia proferida por el Juez Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 24 de marzo del 2021 (Cd fl. 291), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD ADRES a pagar a favor de la EPS Sanitas demandante en el presente asunto la suma de $5.528.693 por concepto de recobros que se consideraron procedentes su pago los cuales se cancelaran entonces debidamente indexados desde el día 25 de octubre del 2013, fecha de radicación de la demanda y hasta su momento efectivo de pago, conforme se expuso en la parte motiva.*
>
> ***SEGUNDO: ABSOLVER** al Adres de los demás recobros que eran objeto del presente proceso y en estos términos declarar la inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido propuesta por la demandada conforme se expuso en la parte motiva de la presente providencia.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** en COSTAS a la parte demandada, para el efecto entonces se fija como agencias en derecho a su cargo lo correspondientes a Un SMLVM para el año 2021.*

> ***CUARTO:*** *Si la presente providencia no fuere impugnada dada la naturaleza jurídica del Adres se remitirá las diligencias al superior para efectos de que las revise en el grado jurisdiccional de* ***CONSULTA.”.***

Inconforme con la decisión los apoderados de ambas partes interpusieron recurso de apelación.

Inicialmente el apoderado de la parte actora EPS SANITAS, en relación con la absolución de los recobros por terapias ABA ordenadas a través del comité técnico científico, manifestó que las mismas si bien no tienen una evidencia científica hasta el momento, este servicio pasó a ser una exclusión y, por tanto, es procedente el reconocimiento, a su vez, alegó que no puede ser viable que la nota externa del Ministerio de Salud aluda a que se reconocerá el servicio cuando se prescriben por los jueces de tutela, pero los ordenados mediante acta CTC no, siendo contrario al procedimiento ya que, no es posible que los usuarios con patologías como autismos, “síndrome de Down” y demás, que hacen parte del Sistema de Seguridad Social y que son atendidos por profesionales de la medicina se les ordene y suministren el reconocimiento de esas tecnologías y la mismas no sean reconocidas, en sentir de este apoderado, se trata de un tema u orden de entes gubernamentales que no analizan que los servicios están prestados y previamente ordenados. Insiste en que, la nota externa ratifica el servicio, por tanto, los ordenados vía tutela no son los únicos que pueden ser reconocidos, sino, también los que son ordenados por profesionales de la medicina mediante acta del Comité Técnico Científico.

Adicionalmente, consideró que, el juez de primer grado no debió considerar que no se aportó fallo de tutela o acta CTC ya que la entidad demandada desglosó lo pertinente y en vía judicial no se puede solicitar el soporte del servicio, ya que, las glosas no refieren dicha causal, es más, arguyó que en la contestación de la demanda no se dijo nada al respecto. Expuso que el perito advirtió que los recobros que aquí nos ocupan no estaban cubiertos por el PBS y los soportes como fallos de tutela o acta CTC nunca fueron cuestionados, por lo que, concluyó que no se puede acudir a la justicia a defender un argumento que no fue expuesto en sede administrativa.

Adujo que el juez de primer grado realizó un examen distinto, ya que los insumos fueron efectivamente suministrados y ordenados por un acta CTC o Juez de tutela

y la única glosa que se relacionó fue la glosa POS siendo una glosa objetiva que verificó los soportes, por lo que, el análisis que debió hacerse en este escenario consistía en verificar si procede o no el pago ordenado mediante acta o fallo de tutela y no supeditar la procedencia de estos pagos a los soportes del servicio. Por lo expuesto, solicitó se accedan a los recobros invocados en la demanda ya que fueron prestados a todos los pacientes.

Igualmente solicita se acceda al reconocimiento de los intereses moratorios conforme a lo dispuesto en el artículo 24 del Decreto 4747, pues no se encuentra de acuerdo con la interpretación dada por el Juez *a quo,* como también al pago de las costas a cargo del ADRES. (Cd. fl 291, record: 1:14:38 a 1:30:01)[1]

[1] **Apoderado SANITAS (Record: 1:14:38):** Una vez aclarado las dos solicitudes previas, muchísimas gracias por su trámite, me permito interponer recurso de apelación contra la decisión que ha emitido o la sentencia que ha emitido su despacho, guardando o teniendo o sujetando el recurso a las siguientes consideraciones jurídico-fácticas y técnicas para que el Honorable Tribunal proceda a revocar la misma y está sustentada en los siguientes términos: Argumentos que se ciñen a lo que acaba de exponer el despacho y en lo que tiene que ver con las terapias aba es donde esta digamos que en lo medular del fallo, se sujeta al artículo 154 de la ley 1450 y para no hacer extensivo el fallo esa última parte de ese artículo, perdón el recurso, establece que "*Mientras el Gobierno Nacional no reglamente la materia, subsistirán las disposiciones reglamentarias vigentes*" ¿Cuáles disposiciones? que *"las actividades, intervenciones, procedimientos, servicios, tratamientos, medicamentos y otras tecnologías médicas que no podrán ser reconocidas con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud de acuerdo con el listado".*

Entonces entiendo que la interpretación que hace el despacho con base en ese artículo que se encontraba vigente al momento de la prestación del servicio se hace una sustentación integrada con lo normado por el gobierno nacional o por las autoridades correspondientes, es decir el ministerio de salud y el Fosyga y demás donde los servicios que aquí se discuten, es decir todo lo que tenga que ver con aba o con terapias por "no tener una evidencia científica" pasa a ser una exclusión y como pasa a ser una exclusión no puede reconocer estas autoridades y a la vez en la nota externa de dichas autoridades es decir la misma nota externa con la que hace el análisis para los que si condena dice que los que son proscritos por jueces de tutela, Si. Entonces al parecer, lo que enviste a dichos servicios de entidad científica es por supuesto la reglamentación del ente; es la reglamentación del Ministerio, es decir lo que yo te reglamento como fallo de tutela si tiene vigencia científica o si te lo puedo reconocer, pero lo que hacen los médicos no, como siempre este es un país político, es decir puede más la voluntad política que la voluntad científica. Curioso, insisto la nota externa hecha por políticos en su momento dicen que los fallos de tutela si son reconocidos pero los que ordenan los médicos a través de sus procedimientos médicos que son los comité técnico científico No, curiosísimo porque más allá del procedimiento y lo entiendo señor juez Cómo es posible que usuarios con patologías ya sabemos cuáles autismo y demás, síndrome de Down , están dentro del sistema de seguridad social en salud y que son atendidos por profesionales de la medicina, neurólogos y demás, que les ordenan un servicio que los se los suministran en unos casos que son los jueces de tutela los que ordenan los servicios si tengan lugar el reconocimiento de esa tecnología, pero cuando son por actas de Comité técnico científico No. Seguimos en el juego de la justicia porque repletan los despacho de temas de tutelas pero fíjese a través de esas órdenes que hacen los entes gubernamentales propenden a eso, entonces es impresionante como el análisis de todas las consideraciones nos llevan a concluir eso, en todo caso los servicios están prestados y fíjese que eso está claro y la nota externa lo ratifica es que no es que no tenga evidencia científica es que la voluntad política solamente nos ha llevado a que solo los que ordenan los jueces de tutela son los que tiene reconocimiento económicos y para eso nosotros acudimos a esta jurisdicción, es que los servicios se prestaron a todos y quien dijo que es un juez de tutela el que establece si se entrega un servicio o no, también está la forma del acata de los comités técnicos científicos que además son valorados por profesionales de la salud y de la medicina.

Pero más allá de eso el despacho me trae otra consideración y dice que no se aportaron los fallos de tutela, entonces tenemos la problemática ya enunciada pero aparte de eso tenemos que no se aportaron los fallos de tutela y se nos olvida que todo este proceso ya viene de un proceso administrativo, el fundamento administrativo es que yo tengo que recobrarle al Fosyga y yo tengo que decirle al Fosyga cuales son mi sustento, cual es la historia clínica, cual es el fallo de tutela o el acta de comité técnico científico se los

presento a través de los MYT y ellos me glosan y desde las tratativas de todo esto administrativas y desde el fundamento primigenios del trámite administrativo es que hay que tenerse claro que hay una solamente glosa y la glosa estaba determinada que su tecnología no estaba incluida en el plan de beneficios o que lo ordenado por el Comité técnico científico estaba contenido en el plan de beneficios o en su momento en el POS, es decir que nunca por parte de la autoridad administrativa hubo un reproche frente a la existencia de otros requisitos formales para la presentación de ese recobro, llámese factura, llámese historia clínica, llámese valores, llámese liquidaciones del recobro como tal o llámese fallos de tutela, es decir y eso se corrobora no solamente porque está en el expediente el fallo, en el expediente administrativo que tuvo, sino que no fueron glosados por esa causa, la causal que estaba marcada aquí era única y exclusivamente en determinar si la tecnología estaba incluida en el plan de beneficios o en el Pos o no y fíjese que dentro de la contestación de la demanda nunca hubo un reproche distinto, eso corrobora el tema, eso robustece la consideración expuesta.

Ahora el examen que hace el perito también concluye que los recobros a los que aquí se hacen mención no se encontraban en el plan de beneficios que fueron ordenados ya sean por comités técnicos científicos o por el fallo de tutela dentro de los expedientes administrativos que se encuentran en el plenario y que nunca fueron cuestionados dentro del trámite, es decir yo no puedo acudir a la justicia a defenderme de una glosa que no fue impuesta porque eso sería un doble trámite administrativo, es decir si la glosa que a mí me imponen es POS yo acudo a la justicia para tratar de debatir la glosa pos, pero me encuentro en la justicia un examen distinto, me encuentro que aparte de eso hay otras glosas que nunca tuve yo la posibilidad de discutir y solo las conocí a través del presente fallo, entonces digamos que toda esta seria de argumentos el primero que validez científica del insumo de la tecnología la dispone una nota externa y no un criterio científico, segundo los insumos fueron efectivamente suministrados y los insumos fueron ordenados por acta de comité técnico científico por un juez de tutela y que en conclusión la única glosa que se impuso en el trámite administrativo y por la cual se presenta la demanda y que se corrobora con la contestación de la demanda fue la glosa pos. En ese sentido el análisis que ha debido hacerse a este escenario judicial, dicho análisis que además al contrastarlo con el dictamen pericial se encuentra que esas eran las consideraciones mencionadas.

Entonces en este orden de ideas solicito al honorable tribunal en su sala laboral que se revoque lo relativo a las tecnologías que no son reconocidas primero por haber sido ordenadas a través de actas de comité técnico científico cuando la evidencia científica es la misma ya sea por un juez de tutela o por una orden de un comité técnico científico, no veo la diferencia sobre todo para el contenido o la percepción que tiene el usuario frente al servicio, digamos no cambia, no tiene por qué cambiar y es la misma. Segundo también tiene que ser revocada es porque aduce este artículo que deben estar excluidos mientras el gobierno nacional reglamente la materia, pero la reglamento parcialmente con la nota externa a su arbitrio y no señala que otra entidad o que otro órgano del ejecutivo o de la administración como tal debe asumir ese costo de esa terapia en salud que insistió se les dan a usuarios de salud por parte de un médico tratante en la estructura del sistema general de seguridad social en salud

Ya saliendo de esto y es importante hacer mención a los intereses moratorios que fueron denegados en consideración de la interpretación que hace el despacho está arraigada a que los imperativos del artículo 24 del decreto 4747, solo se aplican en la órbita administrativa de recobro, pero insisto las normas no están determinada para que se, sobre todo en este tema de intereses porque cuando hemos visto que la administración ha reconocido intereses si escaso pagan los recobros, ahora van a reconocer intereses, pero el artículo es claro dice "*Reconocimiento de intereses. En el evento en que las devoluciones o glosas formuladas no tengan fundamentación objetiva"* y aquí es donde hago el acto y el llamado en qué momento la administración misma puede decir mi glosa no fue objetiva o no tiene una fundamentación objetiva, entonces yo la declaro no objetiva y voy a reconocer intereses, por supuesto que es la orden de un juez el que por supuesto estructura el argumento jurídico para como lo ha dicho el juez en algunos de los recobros valga la naturaleza de no objetiva o sin fundamentación objetiva, por supuesto cuando el juez en su estudio dice que por los traslados, por ejemplo no eran interinstitucionales, entonces al decir el juez hey los traslados no son interinstitucionales, sino que son del domicilio a la institución eso en seguida le está diciendo a la administración tu glosa no tenía una fundamentación objetiva y es entonces ahí que el operador judicial coge ese artículo como tu administración no fundamentaste tus glosas yo te condeno al pago de intereses, entonces esa posibilidad yo no la tengo discutirla con la administración, la tengo aquí señores magistrados con ustedes y la tengo con usted señor juez aquí en esta sentencia, por lo tanto yo si solicito que se aplique ese artículo que nos dice "*En el evento en que las devoluciones o glosas formuladas no tengan fundamentación objetiva, el prestador de servicios tendrá derecho al reconocimiento de intereses moratorios desde la fecha de presentación de la factura o cuenta de cobro, de conformidad con lo establecido en el Artículo 7° del Decreto Ley 1281 de 2002"*

Tres y ya para terminar, entonces condena por la tecnología, condena por los intereses moratorios y que a su vez también sea condenada en costas la adres y en este sentido dejo sustentado el recurso de apelación, muchas gracias señor juez.

Por su parte, el apoderado de ADRES argumentó que los servicios de la salud están debidamente reglados, enfatizando, en primer lugar, en que el servicio de traslado o transporte de ambulancia esta determinado como un servicio que no esta atado al PBS, conforme al articulo 42 del Acuerdo 09, articulo 33 Acuerdo 08, articulo 33 Acuerdo 029 de 2011 y la Resolución 5221 de 2013, que establece que el servicio se prestará siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones, consistentes en que, el traslado debe darse entre instituciones prestadoras de salud y, que el medio de transporte no este disponible en el municipio de residencia del paciente, agregó que los traslados están incluidos dentro del POS ya que hacen parte del goce efectivo del derecho a la salud del paciente, por lo que se puede entender que los servicios de transporte están integrados y cubiertos por la UPC y, no hay lugar al pago. Al efecto, citó como soporte normativo la sentencia T- 076 de 2015 de la Corte Constitucional y la Resolución 5521 de 2013.

Por otro lado, respecto a las terapias ABA señaló que las mismas son terapias que no tienen efectos significativos, por lo que tienen 2 aspectos, uno, referido a la salud y que está incluido en el POS pagados con la UPC y, tratándose del aspecto educativo, mencionó que no pueden ser financiados con recursos de la salud al ser terapias de carácter experimental, lo que hace improcedente el recobro, así estén ordenados vía tutela ya que se generaría un cargo doble con recursos de la salud y en muchos casos se ordenaron servicios en conjunto que hace parte del POS, razón por la cual solicitó se revoque la condena proferida en su contra y se confirme en lo demás.

Frente a la prescripción adujo se debe estudiar desde el momento en que se presentaron los servicios o a partir del momento de la devolución de la glosa o del resultado que se da por el tema de la auditoria.

Por último, manifiesta no ser procedente ni la condena al pago de la indexación ni a las costas. (Cd. fl. 291, récord 1:30:10 a 1:37:26)[2].

[2] **Apoderado Adres (Record 1:30:10):** Gracias su señoría, su señoría conforme a lo establecido en el artículo 66 del CPT y los concordantes del CGP me permito respetuosamente impugnar el fallo proferido por su señoría respecto a la condena emitida contra mi representada por las siguientes razones:

Me propondré a señalar unos puntos, en primera medida iniciando haciendo un preámbulo y como siempre ha señalado el artículo 48 y 49 se deviene una normatividad especial por parte del estado la cual busca garantizar y proteger los recursos de la salud y al mismo tiempo que estas resoluciones normativas no son capricho de la administración sino que devienen de un estudio financiero, jurídico y medico tanto de la

administración en el cual estudia y determina esta normatividad para garantizar y poder prestar los servicios de la salud y garantizar a los beneficiarios el servicio a la salud.

Ahora bien su señoría respecto a las condenas emitidas a mi representada respecto a los diez ítems que hacen relación al servicio de traslado al paciente en parte concordando con lo manifestado por su señoría en lo que es transporte de ambulancias, en casos específicos como el artículo 42 del acuerdo 09, lo que señalado en el artículo 33 del artículo 0809, el artículo 4329 del 2011 y la resolución 5221 del 2013 me permito señalar que su señoría que como en mucha jurisprudencia de la corte constitucional ha determinado en muchas repetidas ocasiones que este servicio no está catalogado como una prestación asistencial a la salud, pero que si la recuperación medica del paciente depende de ellos si se hace una prioridad que la eps debe cubrir es así como la corte constitucional en un estudio del acuerdo 029 en la sentencia T-567 del 2013 estableció que la eps debe prestar estos servicios en ambulancia siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones: "*En primera medida que para el traslado de pacientes remitidos entre instituciones prestadoras de salud IPS dentro del territorio nacional que requieran atención de un usuario no disponible a la institución remisora y en medio de transporte diferente a la ambulancia cuando sea necesario para acceder a un servicio incluido en el Pos no disponible en el municipio de residencia del paciente, de acuerdo a lo anterior el servicio de ambulancia está limitado a dos condiciones por un una parte cuando se requieren de los servicios hospitalarios aparte de la residencia del paciente y por otro lado para el traslado de pacientes a otros municipios"*

Asimismo, su señoría hay que tener en cuenta que en la sentencia T-076 del año 2015 de la corte constitucional, igualmente esta determina de que, señala que "*el traslado de pacientes hace parte de los contenidos del Pos tanto para el régimen contributivo como para el régimen subsidiado, considerando que se trata de una prestación claramente exigible y de la cual depende, en algunos casos, el goce efectivo del derecho fundamental de la salud del paciente"*

Igualmente conforme a lo manifestado por su señoría respecto a resolución 5121 del 2013 en el cual allí se determinó que el servicio de transporte ambulatorio debe ser cubierto con cargo adicional a las primas de unidad de pago por capitación respectiva a las zonas geográficas donde se reconozcan la prestación, es preciso señalar en conclusión como lo dijo en esta sentencia, que por una parte las áreas a las que se destina la prima adicional pues por dispersión geográfica, los gastos de transporte serán cubierto con cargo a ese rubro.

Igualmente señala esta sentencia: "Por otro lado en los lugares en los que no se reconozca a este concepto se pagaran por la Unidad por pago por capitación básica, las mismas reglas deberán aplicarse al alojamiento debido a que su necesidad se configura en las mismas condiciones que el traslado" En ese sentido su señoría y basándose en esta situación se puede entender que estos servicios digamos de transporte cuando tenga que ver con un servicio incluido en el Pos ya se encuentran por integralidad incluidos y cubiertos por la UPC, en el siguiente sentido en el primer punto refiero respecto al servicio de traslado de paciente y por ende al ser ya pagados por la UPC o sean reconocidos por el cargo básico se encuentran ya incluidos y esta condena genera un cargo doble o indebido con estos recursos de la salud.

Por otro lado su señoría pasando respecto al tema de las terapias aba y en concordancia con lo señalado por su señoría que se concuerda en muchos aspectos con lo manifestado simplemente aduciré a lo señalado en el protocolo de terapias aba clínico domestico rutas de atención de plan integral de niños con trastornos respecto autismo elaborada por el Ministerio de salud y protección social y el instituto de evaluación tecnológica en salud en el cual un estudio a lo referente que es terapia aba define "*que la terapia haba es una de las tres áreas que hace parte del análisis de la conducta, es el diseño, uso y evaluación de modificaciones ambientales con base en los principios de la conducta humana para producir cambios significativos en el comportamiento, el análisis conducta al aplicativo no es una conducta técnica, ni un conjunto de técnicas, ni un procedimiento, ni un enfoque terapéutico*" igual señala que nos es aba y no hace parte del haba servicios aquí recobrados como con musicoterapia, aromaterapia, trabajo con animales, terapias de integración sensorial, estimulación magnética u otras allí señaladas, toda vez acogiendo este argumento que no han sido demostrado o que no tiene ningún efecto científico significativo en el área de lenguaje o social , en este sentido se determina y pues para llegar a la conclusión de ese lado que la terapia aba tiene dos aspectos: un aspecto en salud y un aspecto que es el educativo; en los aspectos en salud estos ya están incluidos en el Pos y pagados por la UPC y en los aspectos educativos o experimentales como los ya señalados no pueden ser reconocidos con los recursos de la salud. Por este motivo esta defensa se aleja de lo manifestado por su señoría respecto a que, si se condenen el MYT02 demostrados ordenados por fallos de tutela, toda vez que estos fallos de tutela en muchos casos si bien ordenan servicios a las eps como ya señalé a excepción de los aquí señalados y excluidos, que el aba es un conjunto de varios servicios ya se encuentran incluidos en el Pos y por ende de esta misma manera se genera un cobro doble o indebido con los recursos en la salud.

Por ultimo su señoría sobre el tema de la prescripción como muchas veces se ha manifestado por aquí la defensa, nos alejamos del presupuesto señalado toda vez que en pronunciamientos primitivos por el Tribunal

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del extremo demandante, en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 137 a 139 del expediente, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos en las páginas 134 a 137, solicitando, se declare la existencia de una obligación a pagar por parte del extremo demandado en la suma de $156.289.524 por concepto de la cobertura y suministro efectivo de procedimientos, servicios o medicamentos, no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud o no costeados por las Unidades de Pago por Capitación –UPC, servicios efectivamente cubiertos por la EPS SANITAS en favor de afiliados y beneficiarios, correspondientes a 91 solicitudes de recobro que contienen 95 ítems. Igualmente, solicita el pago de $15.628.952 por gastos administrativos, equivalente al 10% del valor del recobro total, intereses moratorios a la tasa máxima, la actualización de las sumas adeudadas, pago de costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones, pues se condenó únicamente al pago de $5.528.693 que incluyen 22 recobros,** diez de ellos que se trataron de servicios prestados por transporte no interinstitucional, esto es, se trató del desplazamiento de pacientes desde su domicilio hasta las IPS prestadoras de los servicios de salud, razón por la cual al no estar cubierto por la UPC procedía su pago, los otros 12 recobros ordenados lo fueron en virtud de las órdenes dadas por fallos de tutela que si bien se trataban de terapias ABA con componentes educativos excluidas del sistema general de salud, como quiera que al ser dada la orden por un Juez constitucional y la EPS obligada acatar la misma, se debía ordenar su pago.

---

superior de Bogotá como es en un fallo reciente del 18 de junio del 2019 en el proceso 2015-164-02del doctor Rafael moreno Vargas magistrado ponente de dicha situación allí se establece que obviamente si bien es cierto el análisis se hará trienal conforme al artículo 151 este estudio tiene que hacerse desde el momento en que se prestaron los servicios, igualmente se establece una prescripción especial señalada en el proceso 14 421 del 14 de noviembre del 2017 de Magistrada Ponente la doctora Marleny Rueda Olarte en el cual se determina que al ser este un caso especial en un tema específico en un tema administrativo tiene que tenerse en cuenta una prescripción de 3 años a partir del momento de la devolución de la glosa o del resultado que se le da por tema de la auditoria efectuada por recobros.

Por ultimo su señoría en ese sentido al no ser procedente ninguna de las pretensiones principales solicitadas por la parte demandante no es procedente ninguna de las pretensiones subsidiarias ya sea la indexación de los valores y las costas impuestas a mi representada, muchas gracias su señoría.

Absolvió de los restantes recobros por no aportarse el correspondiente fallo de tutela donde se evidenciará que efectivamente se brindó la orden en este sentido o incluso se allego el fallo de tutela de una instancia y no de la segunda instancia para determinar si lo revocaron o no, del mismo modo no ordenó el pago de los servicios prestados en virtud de lo dispuesto por el comité técnico científico, al considerar que no se encuentra demostrada científicamente su procedencia, igualmente absolvió del recobro reclamado por servicio de enfermería por cuanto éste sí se encuentra en el pago de la UPC y dentro del plan de beneficios.

Respecto de los gastos administrativos adujo no ser el escenario para ordenar el pago pues hay otras formas de resarcir tales gastos como lo sería la condena en costas y en cuanto a los intereses moratorios indicó que los mismos proceden, pero frente al trámite que se haga en vía administrativa conforme al Decreto Ley 1281 del 2002, ordenando al pago indexado de la suma adeudada y por la cual fue condenada el ADRES.

En relación con la excepción de prescripción manifestó que la prestación de los servicios lo fue para los años 2011 y 2012 y se radicó la reclamación en esos mismos años, interponiendo la demanda en el año 2013 ante la jurisdicción contencioso administrativa, sin que haya operado el fenómeno extintivo.

Establecido lo anterior y teniendo en cuenta que el presente asunto se conoce además de los recursos de apelación interpuestos por ambas partes, en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de ADRES, abordara la Sala el estudio de los puntos objeto de apelación atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.) como también de las condenas impuestas a la ADRES.

En ese orden de ideas, previo a resolver la controversia traída a los estrados, es menester precisar, en el caso de marras, no se discute la presentación adecuada de los recobros objeto de estudio por parte de las demandantes al Ministerio de protección social, ahora sucedido por ADRES, es decir, no se controvirtió el cumplimiento de los requisitos formales para la presentación de la facturas objeto de reclamación en los términos previstos en los artículos 9, 10, 11 y 12 de la Resolución 3099 de 2008 del entonces Ministerio de la Protección Social, y demás normas acordes, por cuanto, los recobros objeto de estudio no fueron rechazados

por incumplimiento de tales presupuestos, ni tampoco los recobros fueron objeto de rechazo en los términos del artículo 15 de la misma resolución 3099 de 2008, dado que en autos la omisión de pago se fundó únicamente en la causal de "*los valores objeto de recobro ya ha sido pagados por el Fosyga"*.

Conforme lo anterior, en el caso de marras, se tiene que la parte actora reclama el pago de 91 recobros, correspondientes a servicios prestados que no se encontraban incluidos en el POS vigente para la época, o fueron suministrados en cumplimiento de una orden de tutela, los cuales se encuentran debidamente relacionados con códigos CUPS, en el reporte suministrado por la parte actora en medio magnético, donde en las bases de información allí contenidas, se registran los datos de fecha de prestación del servicio, fecha de radicación MTY 01-02, numero de factura, consecutivo de radicación interna del recobro y causal de glosa entre otros, advirtiendo, de dicha información se pudo constatar, que los servicios objeto de recobros, fueron suministrados para las anualidades 2011 y 2012, es decir, en vigencia del Decreto 4747 de 2007, "*Por medio del cual se regulan algunos aspectos de las relaciones entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de los mismos y se dictan otras disposiciones",* junto con el Anexo 5 de la Resolución 3047 de 2008, "*Por medio de la cual se definen los formatos, mecanismos de envío, procedimientos y términos a ser implementados en las relaciones entre prestadores de servicios de salud y entidades responsables del pago de servicios de salud, definidos en el Decreto 4747 de 2007".*

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación por ambas partes, la Sala encuentra que **los problemas jurídicos** se circunscriben a definir: i) si los servicios prestados por la E.P.S demandante hacen parte del P.O.S. (hoy P.B.S) y ii) si las denominadas terapias ABA y traslados de pacientes deben ser cubiertos por el Sistema Integral de Seguridad Social en Salud.

Previo a abordar el estudio del mencionado problema jurídico, resulta necesario precisar, si bien la Sala, es del criterio de que los asuntos como el de autos, no son de competencia de la jurisdicción laboral, remitiendo los procesos para la jurisdicción competente con sustento en decisiones de nuestro Órgano de Cierre,

como también ahora por lo expuesto por la Corte Constitucional[3], lo cierto es que en el caso de marras no es posible seguir el mismo hilo conductor, por cuanto, la competencia del presente asunto ya fue dirimida por el Consejo Superior de la Judicatura, asignando la misma al Juzgado 15 Laboral del Circuito, mediante proveído del 03 de diciembre de 2014 (*7. Cuaderno de Conflicto de Competencia, páginas 16 a 31 y s.s.),* lo que impide un nuevo pronunciamiento frente al tema.

Dilucidado lo anterior y en punto a los **recobros por Servicios NO POS,** ha de precisarse el recobro en salud consiste en la solicitud presentada por una entidad denominada recobrante a fin de obtener el pago de cuentas ya reconocidas y pagadas por concepto de servicios o tecnologías, cuyo suministro es garantizado a afiliados al régimen contributivo o subsidiado del sistema general de seguridad social en salud. En ese orden de ideas, el recobro es una respuesta del sistema de seguridad social en salud tendiente a que todos los habitantes del territorio nacional gocen de una protección integral en salud, pues permite que éstos accedan a determinados servicios o tecnologías que no están contempladas en el POS hoy Plan de Beneficios en Salud (PBS).

En relación con el papel de sistema de seguridad social en salud el artículo 162 de la Ley 100 de 1993, establece que:

> *"El sistema general de seguridad social en salud crea las condiciones de acceso a un plan obligatorio de salud para todos habitantes del territorio nacional (...); este plan permitirá la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan".*

En igual sentido, la H. Corte Constitucional en sentencia T- 418 de 2013 expuso que, el derecho a la salud debe prestarse de manera íntegra, esto es, con el debido cumplimiento de los procedimientos, medicamentos y tratamientos prescritos por el médico tratante, conforme al literal c) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual se requiere acciones positivas por parte del Estado y de los prestadores del servicio de salud, encaminadas a garantizar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación, con plena observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, so pena de poderse menoscabar el derecho a la vida en condiciones dignas.

[3] Decisiones APL1531 y APL3522 ambas de 2018 de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia y lo dispuesto por la Corte Constitucional Auto 389 del 2021.

En cuanto a la fuente de financiación, la H. Corte Constitucional en sentencia T-224 de 2020 señaló que los servicios o tecnologías que sean necesarios reconocer a un paciente no pueden convertirse en un obstáculo para que éste acceda a ellos. En tal sentido, las E.P.S. e I.P.S. deben garantizar el acceso a los servicios y tecnologías requeridos con independencia de sus reglas de financiación, de manera que, una vez suministrados, están autorizadas a efectuar los cobros y recobros que procedan de acuerdo con la reglamentación vigente.

Es así como el P.O.S. (hoy P.B.S), constituye una serie de parámetros o premisas que deben atender las E.P.S. de forma obligatoria para la atención en servicio de salud de los afiliados y que para el caso que nos ocupa, debe someterse a la normatividad vigente para la fecha de prestación de los servicios, siendo estos, los años 2011 y 2012.

Así mismo, el literal f) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993, establece que la financiación de las E.P.S. para atender a sus afiliados según los parámetros del P.O.S., se da a través de la unidad de pago por capitación o U.P.C., o en su defecto, si los procedimientos practicados a los usuarios no se encuentran incluidos en el P.O.S., deben ser pagados por el Ministerio de Salud hoy Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud-A.D.R.E.S. como administrador del Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA-, y cuyo procedimiento se debe hacer conforme a las disposiciones de la Resolución 3047 de 2008, "*Por medio de la cual se definen los formatos, mecanismos de envío, procedimientos y términos a ser implementados en las relaciones entre prestadores de servicios de salud y entidades responsables del pago de servicios de salud, definidos en el Decreto 4747 de 2007".*

De acuerdo con lo dispuesto en la citada resolución, es procedente el recobro de las tecnologías no incluidas en el P.B.S., en dos eventos: cuando se trata de un procedimiento, medicamento, ayuda diagnóstica, entre otros practicado en virtud de una orden judicial en un fallo de tutela y cuando el procedimiento requerido por el paciente haya sido autorizado por el Comité Técnico Científico o C.T.C., conforme al procedimiento y limitantes que allí se establecen para tal aprobación.

En esta dirección, se tiene que la EPS SANITAS elevó sendas cuentas de cobro al Ministerio de Salud y Protección Social hoy representando por la Administradora

de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud-ADRES, solicitando el valor de $156.289.524, en las que, en resumen, se solicita el recobro por servicios referentes a terapias de Análisis Conductual Aplicado- ABA así: educación especial, terapias especiales para autismo, educación por psicopedagogía, programa de apoyo y seguimiento para integración escolar, programa de apoyo y seguimiento para integración escolar y visitas al plantel educativo, reembolso por concepto de reducación especial e internación, como también traslados de pacientes y servicios de enfermería, prestados a los usuarios del Sistema de Seguridad Social en Salud, tratamientos que a juicio de la parte demandada conforme a lo expuesto en la contestación de la demanda están incluidos en el P.O.S. o no tienen como fin la preservación de la salud, sino que son de tipo educacional o de bienestar del paciente.

De modo que y para resolver el primer punto de apelación tanto de la parte demandante como demandada, relacionado con el recobro de los servicios prestados por **TERAPIAS ABA**, debe la Sala acudir a lo señalado en los numerales 2 y 3 del artículo 6 del Acuerdo 29 de 2011 por el cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud, en donde se excluye la tecnología en salud de carácter experimental y las que se utilizan con fines educativos, instruccionales o de capacitación durante el proceso de rehabilitación social o laboral así:

> *"**ARTÍCULO 6o. CRITERIOS PARA LAS EXCLUSIONES**. Los criterios generales para las exclusiones explícitas del Plan Obligatorio de Salud son los siguientes:*
>
> *(...) 2. La tecnología en salud de carácter experimental o sobre la cual no exista evidencia científica, de seguridad o costo efectividad, o que no haya sido reconocida por las autoridades nacionales competentes.*
>
> *3. La tecnología en salud que se utiliza con fines educativos, instruccionales o de capacitación durante el proceso de rehabilitación social o laboral (...).*

Ahora en cuanto a que si este tipo de tecnología debe ser cubierta por el Sistema Integral de Salud, es necesario traer a colación lo señalado en la sentencia T-364 de 2019 donde se establece que las terapias objeto de estudio ABA, son también llamadas "terapias sombra", las que consisten en el servicio que presta una persona que acompaña de manera permanente a un niño con diversos trastornos "a fin de vincularlo con el mundo exterior", por lo que, en esa medida las aludidas terapias ABA brindan acompañamiento terapéutico en ambiente natural, no

obstante, carecen de evidencia científica que la respalde, y en ese orden, se trata de un servicio de salud expresamente **excluido** del sistema de salud, por lo que, en principio, no puede ser financiado con los recursos públicos destinados a la salud, es por ello, que la H. Corte Constitucional en la sentencia T-802 de 2014 estableció los siguientes parámetros a tener en cuenta:

> ***"(ii)*** *Para ordenar las terapias alternativas tipo ABA y de neruodesarrollo no POS, no basta con la simple prescripción médica (independientemente de si el profesional de salud pertenece o no a la red de la E.P.S.), sino que es necesario que se justifique con base en criterios médico-científicos que el paciente va obtener una mejoría o progreso en su salud. Asimismo, que dicho método no puede ser sustituido o reemplazado por uno de los servicios incluidos en el POS";*
>
> ***(iii)*** *Si la orden emana del personal médico de salud de la E.P.S. y cumple con los criterios jurisprudenciales de esta Corte, tales como (a) que la falta del tratamiento, transgreda la vida, la salud y la integridad personal de un individuo; (b) que se trate de un elemento que no puede ser sustituido por otro; y (c) que el interesado no pueda costear los gastos. La entidad prestadora de salud tiene la obligación de autorizar los mencionados métodos.*
>
> ***(iv)*** *En el evento de que la prescripción provenga de un galeno ajeno a la E.P.S., los accionantes deben solicitar el referido tratamiento ante las entidades prestadoras del servicio de salud con el fin de que estas valoren dicho concepto sobre la base de criterios médico-científicos y en ningún caso con argumentos de tipo administrativo.*
>
> ***(v)*** *En todo caso los accionantes tienen la obligación de demostrar que no cuentan con los recursos suficientes para sufragar las terapias ABA y de neurodesarrollo.*
>
> ***(vi)*** *Una vez verificada la eficacia del tratamiento alterno (sobre estudios médico-científicos), la E.P.S. está obligada a proporcionar los procedimientos integrales en una IPS que forme parte de su red de prestadores y que brinde tanto profesionales especializados como instalaciones para llevar a cabo los tratamientos requeridos.*
>
> ***(vii)*** *Las E.P.S. no están obligadas a prestar el servicio a través de una institución particular por el solo capricho del paciente o su familia, menos aún cuando la IPS elegida por aquellos no cumple con los estándares para llevar a cabo los tratamientos.*
>
> ***(viii)*** *En caso de que las entidades prestadoras de servicio de salud no suministren tratamiento tipo ABA y de neurodesarrollo o no tengan convenio con una IPS, o que sus IPS no cuente con las condiciones de idoneidad requeridas, se encuentran obligadas a contratar la práctica de las mismas con una institución particular y debidamente autorizada por el Estado.*
> ***(ix)*** *Sin los soportes correspondientes ningún juez constitucional es la autoridad competente para ordenar a una entidad promotora de salud la autorización de un tratamiento alternativo tipo ABA y de neurodesarrollo no POS, ni la competente para ordenar a la misma la realización del tratamiento en una institución con la cual no se tiene convenio". (Negrillas por la Sala).*

Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 154 de la Ley 1450 de 2011; vigente al momento de la prestación del servicio que ocupa el objeto de recobro en este proceso:

> *"ARTÍCULO 154. PRESTACIONES NO FINANCIADAS POR EL SISTEMA. Son el conjunto de actividades, intervenciones, procedimientos, servicios, tratamientos, medicamentos y otras tecnologías médicas que no podrán ser reconocidas con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud de acuerdo con el listado que elabore la Comisión de Regulación en Salud –CRES–. Esta categoría incluye las prestaciones suntuarias, las exclusivamente cosméticas,* ***las experimentales sin evidencia científica,*** *aquellas que se ofrezcan por fuera del territorio colombiano* ***y las que no sean propias del ámbito de la salud****. Los usos no autorizados por la autoridad competente en el caso de medicamentos y dispositivos continuarán por fuera del ámbito de financiación del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Mientras el Gobierno Nacional no reglamente la materia, subsistirán las disposiciones reglamentarias vigentes". (Negrillas por la Sala).*

Igualmente, el articulo 15, literal b) de la Ley de la 1751 de 2015 "*Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones"* prevé:

> *"El Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas. En todo caso, los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios:*
>
> *(...)*
>
> ***b) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica****".*

De esta manera, resulta claro que para que puedan ser objeto de recobro las citadas terapias ABA, **no resulta suficiente con que sean autorizadas por el médico tratante**, **sino que debe estar plenamente justificado con criterios médico- científicos que el paciente va obtener una mejoría en su estado de salud**, como también acreditarse que la falta del tratamiento puede conllevar a una vulneración del derecho a la vida, la salud, la integridad personal; que el mismo no puede ser sustituido por otro; y que el interesado no tenga forma de costear los gastos del aludido tratamiento, ello en virtud del criterio jurisprudencial atrás citado.

Así las cosas y frente a las TERAPIAS ABA ordenadas a través del Comité Técnico Científico de las cuales pide la parte actora su condena, ha de señalar esta Sala de decisión, si bien fueron aprobadas por el CTA fundamentándose en que se cumplieron los criterios de autorización y que son tratamientos necesarios para mantener el adecuado control de la sintomatología (ver actas obrantes en los cuadernos IV y V), evidenciándose que en la mayoría de los casos si bien se busca evitar una falta de tratamiento para las enfermedades de dichos usuarios y

no trasgredir la vida, la salud y la integridad del paciente, para esta Corporación lo cierto es que las justificaciones dadas por los galenos para ordenar tales terapias son insuficientes para por ejemplo establecer que tal afiliado no contaba con capacidad de pago o que no existía algún tratamiento que pudiera sustituir el que fue autorizado por el Comité Técnico Científico y en todo caso conforme al dictamen pericial que obra dentro del expediente las mismas tuvieron fines educativos, instruccionales o de capacitación para la rehabilitación social o laboral, que conforme a la normatividad atrás citada no pueden ser objeto de recobro.

Razón por la cual se torna acertada la absolución de tales facturas que corresponden a los siguientes:

No. Radicado Fosyga (MYT 01/02)	Clasificación del Servicio entregado	Valor de recobro
50478217	EDUCACION POR PSICOPEDAGOGIA	**$ 198.000**
50377499	EDUCACION POR PSICOPEDAGOGIA	**$ 88.000**
50377498	EDUCACION POR PSICOPEDAGOGIA	**$ 396.000**
50377497	EDUCACION POR PSICOPEDAGOGIA	**$ 198.000**
50108654	EDUCACION POR PSICOPEDAGOGIA	**$ 110.000**
50108652	EDUCACION POR PSICOPEDAGOGIA	**$ 220.000**
50108651	EDUCACION POR PSICOPEDAGOGIA	**$ 286.000**
50108650	EDUCACION POR PSICOPEDAGOGIA	**$ 132.000**
50108649	EDUCACION POR PSICOPEDAGOGIA	**$ 264.000**
50108648	EDUCACION POR PSICOPEDAGOGIA	**$ 220.000**
50110189	EDUCACION ESPECIAL	**$ 463.500**
50110188	EDUCACION ESPECIAL	**$ 463.500**
50110187	EDUCACION ESPECIAL	**$ 463.500**
50110186	EDUCACION ESPECIAL	**$ 463.500**
50109776	EDUCACION ESPECIAL	**$ 206.625**
50109775	EDUCAICON ESPECIAL	**$ 206.625**
50075292	TERAPIAS DE EDUCACION ESPECIAL	**$ 173.400**

Por otra parte, y frente a los recobros Nos 24847834, 24848048, 24862456, 24862606, 24862614, 24862613, 24862608, 24862611, 24862610, 24862579, 24862605, 24862609, 24862612, 24862580, 24862595, 24862593, 24862594, 24848223, 24766659, 24781172, 24781176, 24781177, 24781173, 24781174, 24766711, 24766703, 24715176, 24766650, 24766650, 24715177, 24862615, 24781178, 24781179, 24781339, 24781340, 24781806, 24792765, 24781757, 24781757, 24696935, 24781175, 24696728, 24696939, 24696934, 24696940, 24696941, 24696942, 24714923, 24715054, 24714874, 24696931, 24696932, 24696933, 24696937, es necesario señalar que si bien fueron aprobados por fallo

de tutela, pues así lo menciona la EPS SANITAS en la documental que forma parte de cada recobro efectuado denominado *"ANALISIS DE SERVICIOS ENTREGADOS POR TUTELAS"* (ver cuadernos anexos I a V) lo cierto es que no se arrimó la correspondiente sentencia para verificar si se reconocieron con fundamento en el derecho fundamental de la salud, por lo que, no es dable proceder a efectuar su condena, como quiera que se carece de prueba que justifique suficientemente si su reconocimiento obedeció a criterios médico-científicos para obtener una mejoría en el estado de salud de los afiliados.

Frente a esta situación, debe advertir la Sala que los argumentos del apoderado de la parte demandante no son de recibo ya que, si bien la glosa de dichos recobros no fue por ausencia de fallo de tutela, ha de tenerse en cuenta que es mediante el proceso judicial donde se debe entrar a verificar y analizar la procedibilidad del pago solicitado y en esa medida aunque la casual de glosa haya sido diferente, pues lo cierto es que dentro de la Litis se debe determinar que en efecto el servicio recobrado cuente con los presupuestos que exige la normatividad propia para el recobro, esto es, que en efecto se haya prestado el servicio, la glosa alegada, los soportes del servicio dentro de los cuales evidentemente debe contarse la fuentes del tratamiento otorgado, es decir, el respectivo fallo de tutela que así lo dispuso y en esa medida al no encontrar esta Colegiatura dicho soporte no queda otra opción que absolver del pago de los citados recobros, conforme lo consideró el Juez de primer grado.

Ahora y para resolver la apelación del ADRES frente a la condena del recobro de las terapias ABA ordenadas mediante fallos de tutela, se ha de advertir tales decisiones judiciales fueron debidamente allegadas al plenario y de las que se puede desprender de la lectura de cada providencia que se ordenaron y entregaron amparándose en el derecho fundamental de la salud, por lo que, en estos casos, para la Sala es claro que los criterios para ordenar tales terapias, ya fueron evaluados por una autoridad judicial a través del medio constitucional de la tutela, quien en aras de salvaguardar los derechos fundamentales de los afiliados ordenaron su reconocimiento siguiendo los lineamientos de la H. Corte Constitucional para su reconocimiento, decisiones que hicieron tránsito a cosa juzgada, y por lo que, en tales condiciones, es dable autorizarlos y pagarlos, precisando en todo caso la accionada en su oportunidad, si no estaba de acuerdo con ello tuvo la posibilidad de agotar cada uno de los medios de impugnación

previstos en la ley para lograr su absolución, de considerar que el juez constitucional no tuvo en cuenta lo ordenado por la Ley, de modo que en efecto resulta procedente su pago. Se confirma su condena en suma de **$3.366.493**.

No. Radicado	Clasificación del Servicio entregado	Valor de recobro
24714984	EDUCACION ESPECIAL	$ 418.004
24715076	EDUCACION POR PSICOPEDAGOGIA	$ 231.000
24715112	EDUCACION ESPECIAL	$ 418.004
24715126	EDUCACION ESPECIAL	$ 205.700
24715127	EDUCACION POR PSICOPEDAGOGIA	$ 220.000
24715171	SERVICIO TERAPEUTICO DE EDUCACION Y TRATAMIENTO DE REHABILITACION Y HABILITACION PARA PACIENTE CON DISCAPACIDAD MEDIANTE PROGRAMAS EN LAS DIFERENTES ESPECIALIDADES	$ 637.900
24766710	EDUCACION ESPECIAL	$ 175.631
24792766	EDUCACION POR PSICOPEDAGOGIA	$ 176.000
24822483	EDUCACION POR PSICOPEDAGOGIA	$ 253.000
24822533	EDUCACION POR PSICOPEDAGOGIA	$ 297.000
24822580	EDUCACION POR PSICOPEDAGOGIA	$ 85.900
24822634	EDUCACION ESPECIAL	$ 248.355

Aunado a lo anterior precisa la Sala, los fallos de tutela que dieron origen a dichos recobros no fueron objeto de selección por parte de la Corte Constitucional, pues así fue verificado en cada uno de ellos ante ésta instancia, directamente en la página de la Corte Constitucional - https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/.

Respecto del **Traslado de Pacientes** los cuales refiere ADRES en su apelación si se encuentran incluidos en el POS y por ende no se puede condenar a un doble pago, concretados por el Juez de primer grado en 10 facturas que suman $2.162.200, radicadas bajo los números 24781463, 49571901, 50022862, 50075430, 50075430, 50075432, 50106433, 50106439, 50106439 y 50109038, para resolver si procede o no su pago la Sala se remite a las normas que regulan este tema, siendo pertinente relacionar de manera cronológica, la siguiente normativa:

Resolución 5261 de 1994:

> *"ARTICULO 55. Cuando se requiera la movilización de pacientes en ambulancia, esta será reconocida por el Plan Obligatorio de Salud* ***solo cuando se trate de casos de urgencia o como parte del tratamiento durante la internación de acuerdo a las definiciones hechas en el presente MANUAL****."*.

El Acuerdo 03 de 2009:

> *ARTÍCULO 42. TRANSPORTE O TRASLADO DE PACIENTES. <Acuerdo derogado por el artículo 71 del Acuerdo 8 de 2009> "El Plan Obligatorio de Salud incluye el transporte para el traslado interinstitucional, dentro del territorio nacional, de los pacientes remitidos, según las condiciones de cada régimen y teniendo en cuenta las limitaciones en la oferta de servicios de la institución en donde están siendo atendidos, requieran de atención en un servicio no disponible en la institución remisora.*
>
> *El servicio de traslado de pacientes cubrirá el medio de transporte adecuado y disponible en el medio geográfico donde se encuentre, con base en el estado de salud del paciente, el concepto del médico y el destino de la remisión y de conformidad con las normas del Sistema Obligatorio de Garantía de la Calidad de la Atención en Salud.*
>
> *PARÁGRAFO 1o. Para efectos de este Acuerdo se define traslado interinstitucional como el desplazamiento por remisión del paciente entre dos prestadores de servicios de salud.*
>
> *PARÁGRAFO 2o. El Plan Obligatorio de Salud cubre también el traslado de los casos de urgencia a una institución cuando exista remisión por parte del equipo extramural de urgencias."*
>
> *ARTÍCULO 43 TRANSPORTE DEL PACIENTE AMBULATORIO. <Acuerdo derogado por el artículo 71 del Acuerdo 8 de 2009> En las zonas donde se reconoce una UPC diferencial mayor, en el Régimen Contributivo y en el Régimen Subsidiado, previo análisis del comité técnico-científico de la EPS se cubrirá el servicio de transporte del paciente ambulatorio que de acuerdo con la cobertura de cada régimen, requiera un servicio de cualquier complejidad, no disponible en su municipio de residencia."*.

Acuerdo 08 de 2009:

> *ARTÍCULO 33. TRANSPORTE O TRASLADO DE PACIENTES. <Acuerdo derogado por el artículo 82 del Acuerdo 28 de 2011> El Plan Obligatorio de Salud de ambos regímenes incluye el transporte en ambulancia para el traslado entre instituciones prestadoras de servicios de salud dentro del territorio nacional, de los pacientes remitidos, según las condiciones de cada régimen y teniendo en cuenta las limitaciones en la oferta de servicios de la institución en donde están siendo atendidos, que requieran de atención en un servicio no disponible en la institución remisora.*
>
> *El servicio de traslado de pacientes cubrirá el medio de transporte adecuado y disponible en el medio geográfico donde se encuentre, con base en el estado de salud del paciente, el concepto del médico tratante y el destino de la remisión y de conformidad con las normas del Sistema Obligatorio de Garantía de la Calidad de la Atención en Salud.*

> *Parágrafo 1°. Si en criterio del médico tratante, el paciente puede ser atendido en un prestador de menor nivel de atención, el traslado en ambulancia, en caso necesario, también hace parte del POS o POS-S según el caso. Igual ocurre en caso de ser remitido a atención domiciliaria, en los eventos en que el paciente siga estando bajo la responsabilidad del respectivo prestador.*
>
> *Parágrafo 2°. Si realizado el traslado, el prestador del servicio, encuentra casos de cobertura parcial o total, por seguros de accidente de tránsito, seguros escolares y similares, el valor del transporte deberá ser asumido por ellos antes del cubrimiento del Plan Obligatorio de Salud de ambos regímenes, en los términos de la cobertura del seguro y la normatividad vigente.*
>
> *ARTÍCULO 34. Transporte del paciente ambulatorio. El servicio de transporte en un medio diferente a la ambulancia, para acceder a un servicio o atención incluido en el POS o POSS según el caso, no disponible en el municipio de residencia del afiliado, será cubierto con cargo a la prima adicional de las UPC respectivas, en las zonas geográficas en las que se reconozca.".*

Acuerdo 029 de 2011 que en su artículo 42, establecía para la fecha de prestación de los servicios aquí recobrados, lo siguiente:

> *"El Plan Obligatorio de Salud incluye el transporte en ambulancia para el traslado entre instituciones prestadoras de servicios de salud dentro del territorio nacional de los pacientes remitidos, teniendo en cuenta las limitaciones en la oferta de servicios de la institución en donde están siendo atendidos, que requieran de atención en un servicio no disponible en la institución remisora.*
>
> *El servicio de traslado cubrirá el medio de transporte disponible en el medio geográfico donde se encuentre el paciente, con base en su estado de salud, el concepto del médico tratante y el destino de la remisión, de conformidad con la normatividad vigente.*
>
> *PARÁGRAFO. Si a criterio del médico tratante el paciente puede ser atendido por otro prestador, el traslado en ambulancia, en caso necesario, también hace parte del Plan Obligatorio de Salud. Igual ocurre en caso de ser remitido a atención domiciliaria.".*

Aplicando las normas que anteceden a los servicios recobrados, y teniendo en cuenta que solo se incluye dentro del POS los traslados entre las mismas instituciones prestadoras de salud, y en el presente asunto como ya se dijo se trata de traslados de los pacientes del lugar de su domicilio a las respectivas IPS, resulta procedente su pago al no estar incluidos en el POS, aunado a que en todo caso dicho servicio fue ordenado por el médico tratante previo comité técnico científico, y en esa medida al obrar una orden para este tipo de traslados el valor del servicio no puede quedar a cargo de la EPS, de modo que en virtud del Grado Jurisdiccional de Consulta que se surte en favor del ADRES, la Sala se remite a las facturas aportadas en aras de verificar la procedencia o no de su pago, precisando se estudiaran únicamente las 10 que fueron objeto de condena y apeladas por la pasiva, encontrando lo siguiente:

- **24781463**: Valor recobrado $492.900, servicio prestado el 18 de octubre de 2011, se aportó factura de asistencia DELTA No. 6233 en la que se destaca que se trasladó al paciente del domicilio a la Clínica Sanitas Suba, siendo procedente el pago.

- **49571901**: Valor recobrado $72.000, servicio prestado el 26 de septiembre de 2011, obra acta de CTA del 21 de septiembre del 2011 con la correspondiente factura de venta, donde se evidencia traslado desde el domicilio a la Clínica Colombia. Procede su pago.

- **50022862**: Valor recobrado $67.000, servicio prestado el 08 de junio de 2011, se aportó acta CTC de fecha 06 de mayo de 2011, por medio de la cual se ordenó traslado especial no institucional, factura de ambulancias de emergencias No. 7681, recobro de traslado 61551, el traslado se originó desde el domicilio al Hospital San José Infantil, siendo procedente el pago.

- **50075430:** Valor recobrado $1.080.000, servicio prestado el 03 de octubre de 2011, se aportó acta CTC de fecha 29 de septiembre de 2011, por medio de la cual se ordenó traslado especial no institucional, factura de venta 6171, volante de autorización de servicios del , 03, 19 y 26 de octubre de 2011, certificación asistencias delta, programación servicios del 3, y 20 de octubre de 2011, control servicio transporte Nos. 95495, 85032, 97552, 97020, 96766, 97259, 98004, 96939, 96779, 97104, 97917, 96465, 96897, 98417, 97929, 97932, 86884, 97129, 98387, 98678, 98144, 98397, 98808, 99142, 99736, 100207, 99293, 100760, 99622, 100087, 101016, 97799, 100996, 101162, 100732, 101178, 100614, 102409, 102671, 100463, 101804. Este servicio se prestó desde el domicilio del paciente, siendo procedente el pago.

- **50075430 – (doble ítem):** Valor recobrado $27.000,oo, servicio prestado el 10 de octubre de 2011, se aportó acta CTC de fecha 29 de septiembre de 2011, por medio de la cual se ordenó traslado especial no institucional, factura de venta 6171, volante de autorización de servicios del , 03, 10 y 26 de octubre de 2011, certificación asistencias delta, programación servicios del 3, y 20 de octubre de 2011, control servicio transporte Nos. 95495,

85032, 97552, 97020, 96766, 97259, 98004, 96939, 96779, 97104, 97917, 96465, 96897, 98417, 97929, 97932, 86884, 97129, 98387, 98678, 98144, 98397, 98808, 99142, 99736, 100207, 99293, 100760, 99622, 100087, 101016, 97799, 100996, 101162, 100732, 101178, 100614, 102409, 102671, 100463, 101804. Este servicio se prestó desde el domicilio del paciente, siendo procedente el pago.

- **50075432:** Valor recobrado $54.000, servicio prestado el 10 de octubre de 2011, se aportó acta CTC de fecha 29 de septiembre de 2011, se aportó acta CTC de fecha 21 de septiembre de 2011, ordenando traslado de la paciente con “Alzheimer”, factura de venta No. 6085, formato de traslado de Fonosanitas del 18 de octubre de 2011, certificación asistencias Delta, formato de transporte asistencias delta No. 5422 y 5423 y control de servicio de transporte 98308 y 98309. Este servicio se prestó desde el domicilio del paciente, siendo procedente el pago.

- **50106433:** Valor recobrado $51.900, servicio prestado el 21 de noviembre de 2011, se aportó acta del CTC de fecha 18 de noviembre de 2011, por medio de la cual se ordenó traslado de paciente, factura de venta No. 6484, volante de autorización de servicios del 22 de noviembre de 2011, certificación asistencias Delta, formato de transporte Delta No. 5814, 5815 y control servicio de transporte No. 107701, 107702. Este servicio se prestó desde el domicilio del paciente, siendo procedente el pago.

- **50106439:** Valor recobrado $145.400,oo, servicio prestado el 13 de mayo de 2011, se aportó acta CTC de fecha 11 de mayo de 2011, ordena traslado a paciente con secuelas de enfermedad *Cerebro Vascular*, se aportó otra acta del CTC de fecha 10 de junio de 2011, factura de venta No. 6496, volante de autorización de servicios del 26 de mayo de 2011, 15 de junio de 2011, certificación servicio asistencias Delta, control se servicios Nos. 67219, 67521, 67945, 68725, 69307, 64693, 74261, 73436, 75620, 74682, 75260. Este servicio se prestó desde el domicilio del paciente, siendo procedente el pago.

- **50106439 – (doble ítem):** Valor recobrado $108.000, servicio prestado el 13 de mayo de 2011, se aportó acta CTC de fecha 11 de mayo de 2011,

por medio del cual se ordenó traslado especial a paciente, factura de venta No. 6496, volante de autorización de servicios de fecha 13, 17 y 26 de mayo de 2011 y 15 de junio de 2011, control de servicio de transporte No. 67219 del 13 de mayo de 2011, 28-06-2011, 21-06-2011, 14-06-2011 desde el domicilio a la IPS. Este servicio se prestó desde el domicilio del paciente, siendo procedente el pago.

- **50109038:** Valor recobrado $64.000, servicio prestado el 1º de noviembre de 2011, se aportó acta CTC de fecha 20 de octubre de 2011, por medio de la cual se ordena trasladar al paciente, factura de venta No. 0049, remisión de traslados pacientes del 01 de noviembre de 2011, volante de autorización de servicios del 31 de octubre de 2011. Este servicio se prestó desde el domicilio del paciente, siendo procedente el pago.

Conforme a lo anterior, considera esta Sala que los recobros números 24781463, 49571901, 50022862, 50075430, 50075430, 50075432, 50106433, 50106439, 50106439 y 50109038, son procedentes ya que, como se dijo se trata de traslados NO INTERINSTITUCIONAL, es decir, no están cubiertos en el POS hoy PBS, pues los desplazamientos se dieron desde el domicilio de cada paciente a la respectiva IPS, acertando con ello, la condena de primer grado.

Por lo anterior solo se confirma la condena al ADRES al pago de **$2.162.200**, por concepto de los recobros de traslados no interinstitucional.

De otro lado, resulta necesario indiciar si bien todas las facturas objeto de recobro en este proceso fueron glosadas aduciendo que "*Los valores objeto de recobro ya fueron pagados por el Fosyga*", revisado el expediente no pudo encontrar la Sala soporte probatorio de las afirmaciones realizadas por la pasiva como fundamento de la glosa, esto es, que en efecto se haya cancelado a la EPS SANITAS cada uno de tales servicios, siendo carga probatoria de la misma acreditar los supuestos de hecho de las normas jurídicas cuyo efecto jurídico pretendía que se aplicara en el presente asunto, tal como lo indica el artículo 167 del C.G.P.

En otro giro, respecto a la condena por **intereses moratorios** solicitada en la apelación por la EPS SANITAS, es menester recordar lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto 1281 de 2002, que señala:

> ***"Artículo 7º.*** Trámite de las cuentas presentadas por los prestadores de servicios de salud. *Además de los requisitos legales, quienes estén obligados al pago de los servicios, no podrán condicionar el pago a los prestadores de servicios de salud, a requisitos distintos a la existencia de autorización previa o contrato cuando se requiera, y a la demostración efectiva de la prestación de los servicios.*
>
> *Cuando en el trámite de las cuentas por prestación de servicios de salud se presenten glosas, se efectuará el pago de lo no glosado. Si las glosas no son resueltas por parte de la Institución Prestadora de Servicios de Salud, IPS, en los términos establecidos por el reglamento, no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias.*
>
> *En el evento en que las glosas formuladas resulten infundadas el prestador de servicios tendrá derecho al reconocimiento de intereses moratorios desde la fecha de presentación de la factura, reclamación o cuenta de cobro.*
>
> ***Las cuentas de cobro, facturas o reclamaciones ante las entidades promotoras de salud, las administradoras del régimen subsidiado, las entidades territoriales y el Fosyga, se deberán presentar a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de la prestación de los servicios o de la ocurrencia del hecho generador de las mismas. Vencido este término no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias."*** *(Resaltado por la Sala)*

Igualmente, la Corte suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1970-2021, Radicación No. 82075, del 19 de mayo de 2021, señaló:

> *"De lo expuesto se concluye que no acierta la censura cuando en su disertación alega la improcedencia de los intereses moratorios, por no haberse establecido un plazo para el pago de los recobros y menos si los mismos no eran cancelados, cuando los que aquí se imponen, tienen como fundamento la existencia de glosas infundadas, las que, dicho sea de paso, no son controvertidas en el recurso de casación por la entidad recurrente y, que se itera, sí dan lugar al reconocimiento de la citada sanción, pues es el mismo Decreto 1281 de 2002, el que en su artículo 4 los consagra en los siguientes términos:*
>
> *"El incumplimiento de los plazos previstos para el pago o giro de los recursos de que trata este decreto, causará intereses moratorios a favor de quien debió recibirlos, liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. (Se subraya).*
>
> *"De otra parte, es cierto que el artículo 13 del decreto en mención, únicamente hace alusión a los «términos para cobros o reclamaciones con cargo a recursos del Fosyga», estableciendo para ello que «cualquier tipo de cobro o reclamación que deba atenderse con recursos de las diferentes subcuentas del Fosyga deberá tramitarse en debida forma ante su administrador fiduciario dentro de los seis meses siguientes a la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, según corresponda», sin que allí se contemple el plazo para efectuar su pago por parte del FOSYGA, hoy ADRES.*
>
> *"No obstante lo precedente, dicha omisión fue superada desde la expedición de la Resolución 3797 de 2004, emitida por el entonces Ministerio de la Protección Social «Por la cual se reglamentan los Comités Técnico – Científicos y se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga por concepto de suministro de medicamentos, no incluidos en el Plan Obligatorio de salud y, de fallos de tutela», la que en su artículo 13, consagró lo siguiente:*

> *"Artículo 13. Término para estudiar la procedencia y el pago de las solicitudes recobro. El Ministerio de la Protección Social o la entidad que se defina para tal efecto, deberá adelantar el estudio de la solicitud de recobro e informar a la entidad reclamante el resultado del mismo, a más tardar dentro de los dos (2) meses siguientes a su radicación.*
>
> *"Como resultado del estudio, las solicitudes de recobro podrán ser objeto de rechazo, devolución, aprobación condicionada o aprobación para pago.*
>
> *"Las solicitudes de recobro presentadas oportunamente y en debida forma, que tengan como resultado aprobación para pago, deberán pagarse dentro del plazo señalado en el presente artículo.*
>
> *"Es decir, desde dicha preceptiva se estableció el plazo, que echa de menos la censura, dentro del cual el Fosyga efectuará el pago del recobro y, por ende, establece la fecha de causación de los intereses moratorios y si bien, la mencionada Resolución 3797 de 2004 fue posteriormente derogada por las Resoluciones 2933 de 2006 y 3099 de 2008, esta última modificada por las Resoluciones 3754 y 5033 de 2008, 4377 de 2010 y, 1089 y 2064 de 2011, en todas ellas se mantuvo el plazo de pago de dos meses conforme se consagró desde la primera Resolución 3797 de 2004. Así las cosas, no existe el supuesto vacío legal que invoca la censura y menos que el Fosyga, hoy Adres, no tenga un plazo para efectuar tales pagos.*

Así las cosas, y contrario a lo indicado en la decisión de primer grado si hay lugar al pago de los intereses moratorios pues de la disposición normativa en cita, claramente se evidencia su procedencia cuando las glosas son infundadas, siempre y cuando el cobro se presente dentro de los 6 meses siguientes a la prestación del servicio o la ocurrencia del hecho generador, y bajo dicha precisión, resulta procedente esta condena.

Así las cosas, procedió la Sala a verificar la información contenida en el medio magnético obrante en el expediente donde se encuentra la base de datos de todos los recobros (Cd. fl. 288), verificando dentro de los 6 meses de que trata la norma se presentaron los siguientes recobros: 24781463, 24715126, 24822580, 24715112, 49571901, 50109038, 50075432, 50075430 (2 ítems), 50106433, 24822634, 24766710, 24715127, 24792766, 24822483, 24822533, 24715171, siendo procedente condenar a su pago, con excepción de los Nos: **24715076, 50022862, 50106439 (2 ítems), 24714984** pues se tornan extemporáneos. Adicionándose en este aspecto el fallo de primer grado.

No	# Radicado	Clasificación del Servicio entregado	Valor de recobro	Fecha Prestación Servico	Fecha Radicación MYT 01 y 02	6 meses para los intereses moratorios	2 meses para pago
1	24781463	SERVICIOS ASISTENCIALES ESPECIALIZADOS DE TRASLADOS ACCESIBLES DESDE DOMICILIO FCI CUC CLINISANITAS SUBA ONCOCARE DOMICILIO	$ 492.900	18/10/2011	9/02/2012	SI	10/04/2012
2	24715126	EDUCACION ESPECIAL	$ 205.700	01/07/2011	30/12/2011	SI	1/03/2011
3	24715076	EDUCACION POR PSICOPEDAGOGIA	$ 231.000	01/06/2011	30/12/2011	NO	
4	24822580	EDUCACION POR PSICOPEDAGOGIA	$ 85.900	02/09/2011	16/02/2012	SI	17/04/2012
5	24715112	EDUCACION ESPECIAL	$ 418.004	01/07/2011	30/12/2011	SI	1/03/2011
6	49571901	TRASLADO DOBLE EN AMBULACIA NO INTERINSTITUCIONAL	$ 72.000	26/09/2011	28/12/2011	SI	1/03/2012
7	50022862	TRASLADO NO INTERINSTITUCIONAL COMPLEJIDAD BAJA DOBLE DIURNA	$ 67.000	08/06/2011	9/02/2012	NO	
8	50106439	SERVICIOS ASISTENCIALES ESPECIALIZADOS DE TRASLADOS ACCESIBLES DESDE DOMICILIO CIFEL DOMICILIO	$ 145.400	13/05/2011	14/02/2012	NO	
9	50106439	SERVICIOS ASISTENCIALES ESPECIALIZADOS DE TRASLADOS ACCESIBLES DESDE DOMICILIO CIFEL DOMICILIO	$ 108.000	14/06/2011	14/02/2012	NO	
10	50109038	TRASLADO ESPECIAL NO INTERINSTITUCIONAL	$ 64.000	01/11/2011	14/02/2012	SI	15/04/2012
11	50075432	SERVICIO ASISTENCIALES ESPECIALIZADOS DE TRASLADOS ACCESIBLES NO INSTITUCIONAL	$ 54.000	18/10/2011	13/02/2012	SI	14/04/2012
12	50075430	SERVICIO ASISTENCIALES ESPECIALIZADOS DE TRASLADOS ACCESIBLES NO INSTITUCIONAL	$ 27.000	10/10/2011	13/02/2012	SI	14/04/2012
13	50075430	SERVICIO ASISTENCIALES ESPECIALIZADOS DE TRASLADOS ACCESIBLES NO INSTITUCIONAL	$ 1.080.000	03/10/2011	13/02/2012	SI	14/04/2012
14	50106433	SERVICIOS ASISTENCIALES ESPECIALIZADOS DE TRASLADOS ACCESIBLES DESDE DOMICILIO CUC DOMICILIO	$ 51.900	21/11/2011	14/02/2012	SI	15/04/2012
15	24714984	EDUCACION ESPECIAL	$ 418.004	01/06/2011	30/12/2011	NO	
16	24822634	EDUCACION ESPECIAL	$ 248.355	30/09/2011	16/02/2012	SI	17/04/2012
17	24766710	EDUCACION ESPECIAL	$ 175.631	01/10/2011	16/01/2012	SI	17/03/2012
18	24715127	EDUCACION POR PSICOPEDAGOGIA	$ 220.000	01/07/2011	30/12/2011	SI	1/03/2011
19	24792766	EDUCACION POR PSICOPEDAGOGIA	$ 176.000	01/11/2011	13/02/2012	SI	14/04/2012
20	24822483	EDUCACION POR PSICOPEDAGOGIA	$ 253.000	30/08/2011	16/02/2012	SI	17/04/2012
21	24822533	EDUCACION POR PSICOPEDAGOGIA	$ 297.000	01/09/2011	16/02/2012	SI	17/04/2012
22	24715171	SERVICIO TERAPEUTICO DE EDUCACION Y TRATAMIENTO DE REHABILITACION Y HABILITACION PARA PACIENTE CON DISCAPACIDAD MEDIANTE PROGRAMAS EN LAS DIFERENTES ESPECIALIDADES	$ 637.900	02/07/2011	30/12/2011	SI	1/03/2011

Precisando, se ordenará el pago de los intereses moratorios **2 meses** después desde la fecha de radicación de cada uno de los citados recobros, como se puede ver en el cuadro atrás anexo y atendiendo a que este proceso también se analiza

en el grado jurisdiccional de consulta, se revocara la condena impartida por indexación de los referidos recobros, como quiera que ambos conceptos son excluyentes.

De modo que se ordenará la **indexación** únicamente para los recobros Nos: 24715076, 50022862, 50106439 (2 ítems), 24714984 que fueron presentados por fuera de los 6 meses, actualización que deberá liquidarse **desde la fecha de reclamación de cada uno de ellos y hasta la data de su pago**

En cuanto a la apelación de la demandada ADRES, relacionada con la prescripción de las facturas aquí recobradas conviene traer a colación lo dispuesto en la Resolución No. 003099 de 2008 "*Por la cual se reglamentan los Comités Técnico-Científicos y se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, por concepto de suministro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS, autorizados por Comité Técnico-Científico y por fallos de tutela"* en la cual se señaló:

> *"**Artículo 12. Término para presentar las solicitudes de recobro**. [Artículo derogado por el artículo 25 de la Resolución 458 de 2013. Rige a partir del 1o. de octubre de 2013]*
>
> *Las entidades administradoras de planes de beneficios deberán tramitar y presentar en debida forma las solicitudes de recobro ante el Fosyga por concepto de medicamentos y fallos de tutela, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 del Decreto-ley 1281 de 2002, dentro de los seis (6) meses siguientes a la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, según corresponda.*
>
> *Para efectos de los recobros por concepto de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el POS autorizados por el Comité Técnico-Científico y fallos de tutela, se tendrá en cuenta la fecha del suministro efectivo del medicamento, servicio médico o prestación de salud o la fecha de radicación de la factura ante la entidad administradora de planes de beneficios por parte del proveedor o la fecha del fallo de tutela para el caso de recobros ordenados por decisiones judiciales.*
>
> *En aquellos eventos que autoricen u ordenen prestaciones sucesivas, el plazo previsto en el Decreto-ley 1281 de 2002 se contará a partir del momento en que se suministre el medicamento, servicio médico o prestación de salud, según sea el caso, o la fecha de radicación de la factura ante la entidad administradora de planes de beneficios por parte del proveedor.*
>
> ***Artículo 14. Término para radicar las solicitudes de recobro.** Las entidades administradoras de planes de beneficios, deberán presentar las solicitudes de recobro dentro de los quince (15) primeros días calendario de cada mes.*
>
> *Aquellos recobros que, transcurrido el término de los quince (15) días calendario de*

> *radicación ante el Ministerio de la Protección Social o la entidad que se defina para tal efecto, se les vence el término de los seis (6) meses señalados en la presente resolución, se entenderán presentados oportunamente, siempre y cuando, su radicación se efectúe dentro de los primeros quince (15) días calendario del siguiente mes.*
>
> ***Artículo 20. Comunicación a las entidades recobrantes.*** *El resultado de la auditoría integral aplicada a las solicitudes de recobro por concepto de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no POS autorizados por el Comité Técnico-Científico u ordenados por fallos de tutela debe comunicarse, por el Ministerio de la Protección Social o la entidad autorizada que se defina para tal efecto, al representante legal de la entidad indicando el estado que presenta el recobro, las causales aplicadas, así como aquellas por las cuales consideró pertinente reliquidar el valor recobrado. (...)*

Igualmente, la Resolución No. 5395 del 24 de diciembre del 2013 dispone:

> *ARTÍCULO 33. TÉRMINO PARA LA PRESENTACIÓN DE LAS SOLICITUDES DE RECOBRO. <Artículo derogado de manera gradual en los términos del de los artículo 93 y 94 de la Resolución 1885 de 2018> Las entidades recobrantes deberán adelantar las etapas de prerradicación y radicación de las solicitudes de recobro ante el Ministerio de Salud y Protección Social o la entidad que se defina para el efecto, dentro del año siguiente a la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, según corresponda, de acuerdo a lo establecido en el artículo 111 del Decreto-ley 019 de 2012.*

El citado Decreto Ley 019 del 10 de enero del 2012 *"por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la administración pública*" indica:

> *ARTÍCULO 111. TÉRMINO PARA EFECTUAR CUALQUIER TIPO DE COBRO O RECLAMACIÓN CON CARGO A RECURSOS DEL FOSYGA. El artículo 13 del Decreto 1281 de 2002, quedará así:*
>
> *"Artículo 13. Término para efectuar cualquier tipo de cobro o reclamación con cargo a recursos del FOSYGA. Las reclamaciones o cualquier tipo de cobro que deban atenderse con cargo a los recursos de las diferentes subcuentas del FOSYGA se deberán presentar ante el FOSYGA en el término máximo de (1) año contado a partir de la fecha de la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, según corresponda.*

A su vez el Decreto 4747 de 2007: «*Por medio del cual se regulan algunos aspectos de las relaciones entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de los servicios de salud de la población a su cargo, y se dictan otras disposicione*s» expresa:

> ***"Artículo 23. Trámite de glosas.*** *Las entidades responsables del pago de servicios de salud dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la presentación de la factura con todos sus soportes, formularán y comunicarán a los prestadores de servicios de salud las glosas a cada factura, con base en la codificación y alcance*

> *definidos en el manual único de glosas, devoluciones y respuestas, definido en el presente decreto y a través de su anotación y envío en el Registro conjunto de trazabilidad de la factura cuando éste sea implementado. Una vez formuladas las glosas a una factura, no se podrán formular nuevas glosas a la misma factura, salvo las que surjan de hechos nuevos detectados en la respuesta dada a la glosa inicial.*
>
> *El prestador de servicios de salud deberá dar respuesta a las glosas presentadas por las entidades responsables del pago de servicios de salud, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su recepción. En su respuesta a las glosas, el prestador de servicios de salud podrá aceptar las glosas iniciales que estime justificadas y emitir las correspondientes notas crédito, o subsanar las causales que generaron la glosa, o indicar, justificadamente, que la glosa no tiene lugar. La entidad responsable del pago, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes, decidirá si levanta total o parcialmente las glosas o las deja como definitivas. Los valores por las glosas levantadas deberán ser cancelados dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, informando de este hecho al prestador de servicios de salud.*
>
> *Las facturas devueltas podrán ser enviadas nuevamente a la entidad responsable del pago, una vez el prestador de servicios de salud subsane la causal de devolución, respetando el período establecido para la recepción de facturas.*
>
> *Vencidos los términos y en el caso de que persista el desacuerdo se acudirá a la Superintendencia Nacional de Salud, en los términos establecidos por la ley."*

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que ninguna de las normas que regulan la materia establece con claridad cuál es el término de prescripción, es necesario traer a colación el pronunciamiento del Consejo de Estado en sentencia del 30 de enero de 2014, radicada 25000-23-24-000-2007-00099-01, reiterada el 31 de agosto de 2015, en donde se consideró sobre la naturaleza de las facturas y su término de prescripción, lo siguiente:

> ***"2). Naturaleza de las facturas de prestación de servicios de salud y su prescripción.***
>
> *En relación con las facturas cambiarias, el código de Comercio señala:*
>
> *Art. 772[4]. Factura cambiaria de compraventa es un título-valor que el vendedor podrá librar y entregar o remitir al comprador.*
>
> *No podrá librarse factura cambiaria que no corresponda a una venta efectiva de mercaderías entregadas real y materialmente al comprador.*
>
> *Art. 779[5]. Se aplicarán a las facturas cambiarias en lo pertinente, las normas*

[4] Modificado por el art. 1, Ley 1231 de 2008. El nuevo texto es el siguiente: Factura es un título valor que el vendedor o prestador del servicio podrá librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario del servicio. No podrá librarse factura alguna que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados en virtud de un contrato verbal o escrito.

El emisor vendedor o prestador del servicio emitirá un original y dos copias de la factura. Para todos los efectos legales derivados del carácter de título valor de la factura, el original firmado por el emisor y el obligado, será título valor negociable por endoso por el emisor y lo deberá conservar el emisor, vendedor o prestador del servicio. Una de las copias se le entregará al obligado y la otra quedará en poder del emisor, para sus registros contables.

[5] Modificado por la Ley 1231 de 2008, artículo 5º. Aplicación de normas relativas a la letra de cambio. Se aplicarán a las facturas de que trata la presente ley, en lo pertinente, las normas relativas a la letra de cambio.

relativas a la letra de cambio.

Art. 789.-La acción cambiaria directa prescribe en tres años a partir del día del vencimiento.

Esta Sección en reciente providencia se pronunció sobre la naturaleza de las facturas emitidas con ocasión del contrato de prestación de servicios de salud, celebrado entre las Entidades Promotoras y las Instituciones Prestadoras de Salud.

En efecto, en sentencia de 30 de enero de 2014, (Expediente núm. 2007-00210-01, Consejera Ponente doctora MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ), al resolver un asunto con aspectos fácticos y jurídicos semejantes al que ahora nos ocupa, señaló:

"Al respecto, la Sala tiene en cuenta lo siguiente:

El artículo 5° del Decreto 183 de 1997 establece que la facturación que se presente como consecuencia de la compraventa de servicios médicos entre las Entidades Promotoras y las Instituciones Prestadoras del Servicio de Salud, entre sí, deberá sujetarse a una misma codificación que acuerden éstas a través de las principales entidades que las agrupen. De no ser adoptada, será establecida por el Ministerio de Salud y será de obligatorio cumplimiento para las EPS e IPS, públicas o privadas.

El artículo 772 del Código de Comercio define la Factura como "…un título valor que el vendedor o prestador del servicio podrá librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario del servicio.

No podrá librarse factura alguna que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados en virtud de un contrato verbal o escrito".

De las normas transcritas, infiere la Sala que el prestador del servicio de salud deberá expedir verdaderos títulos quirografarios, denominados 'Facturas', a la EPS como consecuencia de la compraventa del servicio mencionado con el propósito de que las mismas sean pagadas en los términos y bajo el procedimiento establecido en la Ley.

Estos títulos valores (facturas), para su validez y eficacia deberán reunir los requisitos previstos en los artículos 621 y 774 del Código de Comercio, así como los consagrados en el artículo 617 del Estatuto Tributario.

Así mismo, se encarga de reconocerlo la apelante cuando señala en su recurso de apelación que: "las facturas de venta allegadas, cumplían en su totalidad de los requisitos exigidos por el Estatuto Tributario y fueron radicadas en la EPS…".

La Sala observa que, entre las partes procesales en el presente caso, existió una verdadera relación comercial que llevó a la demandante a expedir facturas por la prestación del servicio de salud, que tenían el carácter de cambiarias de compraventa y se asimilaban en todos sus efectos a una letra de cambio.

*Por tal motivo, la acción que surge en el presente evento no es la Ejecutiva, como lo señala la recurrente, sino la prevista en el artículo 780 del Estatuto Mercantil denominada Acción Cambiaria**, que goza de un término de prescripción de tres años** y que surge en el momento en que el tenedor legítimo de un título valor no obtiene en forma voluntaria el pago de las obligaciones allí incorporadas".*

*En consecuencia, considera la Sala que, **habiéndose emitido las facturas** en los meses de septiembre, octubre y noviembre del año 2001, y presentada la reclamación para su pago en sede administrativa ante el Agente Liquidador el 21 de febrero del*

> *año 2005 (folio 231 del cuaderno núm. 1), la Acción Cambiaria correspondiente se encontraba prescrita para la fecha del reclamo y no le era permitido al servidor público reconocer y pagar obligaciones prescritas, so pena de comprometer su responsabilidad fiscal y disciplinaria".*
>
> *En este orden de ideas, reitera la Sala que las facturas emitidas con ocasión del contrato de prestación de servicios de salud, son títulos valores, que para su validez y eficacia deberán reunir los requisitos previstos de ley[6] y que prescriben en tres años.»*

Conforme lo anterior, es claro que el término para la operancia de la prescripción es de tres años por ser el previsto para las facturas cambiaras, de manera que para el caso de los recobros ahora reclamados el término prescriptivo comienza a correr partir de la fecha de la generación o establecimiento de la obligación de pago, fecha de radicación de la factura o de la ocurrencia del evento, según corresponda, precisándose la EPS accionante contaba con 1 año para efectuar el reclamo ante la demandada y bajo tales precisiones teniendo en cuenta los servicios que dan origen a los recobros aquí ordenado, el término trienal en autos se contabiliza a partir de la fecha de prestación del servicio que lo fue para el año 2011, presentado su cobro ante la accionada durante el año 2012, esto es, dentro del año señalado por el artículo 11 del Decreto Ley 019 de 2012, e interponiendo la demanda ante la jurisdicción el 25 de octubre del 2013 (fl. 49), razón por la cual es claro que no se sobrepasó el término trienal y en ese orden el fenómeno extintivo no operó, siendo procedente como lo hizo el Juez *a quo* declarar no probado este medio exceptivo.

Finalmente, respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte de la demandada, téngase en cuenta que el legislador nacional ha acogido el criterio objetivo, en virtud del cual, las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el numeral 1º del artículo 392 del C.P.C, ahora artículo 365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual *"se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (…)"*, sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, por manera que al haber sido desfavorable la sentencia de primer grado al ADRES, lo atinente a derecho es que sea condenada en costas, iterando, la única valoración a tener en cuenta en este aspecto, es las resultas del proceso, por lo que se confirma la sentencia de primer grado en cuanto a que se condena el pago de las mismas a cargo de la demandada.

---

[6] Artículos 621 y 774 del Código de Comercio, y 617 del Estatuto Tributario.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los motivos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta, conforme las motivaciones que preceden, se adicionará la sentencia de primer grado para incluir en la condena el pago de los intereses moratorios, de igual forma se modificará la condena a la indexación y se confirmará en lo demás, conforme las motivaciones precedentemente expuestas.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de los expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.,** Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

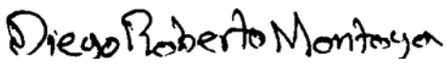
PRIMERO: ADICIONAR la sentencia de primer grado en el sentido de **CONDENAR** al pago de los intereses moratorios de los recobros 24781463, 24715126, 24822580, 24715112, 49571901, 50109038, 50075432, 50075430 (2 ítems), 50106433, 24822634, 24766710, 24715127, 24792766, 24822483, 24822533, 24715171**, 2 meses** después de la fecha de radicación de cada recobro. Frente a los recobros **24715076, 50022862, 50106439 (2 ítems), 24714984,** se cancelarán debidamente indexados desde el **día de radicación** del recobro y hasta su momento efectivo de pago, así:

No	# Radicado	Valor de recobro	Fecha Radicación MYT 01 y 02	2 meses para pago
1	24781463	$ 492.900	9/02/2012	10/04/2012
2	24715126	$ 205.700	30/12/2011	1/03/2011
3	24715076	$ 231.000	30/12/2011	30/12/2011
4	24822580	$ 85.900	16/02/2012	17/04/2012
5	24715112	$ 418.004	30/12/2011	1/03/2011
6	49571901	$ 72.000	28/12/2011	1/03/2012
7	50022862	$ 67.000	9/02/2012	9/02/2012
8	50106439	$ 145.400	14/02/2012	14/02/2012
9	50106439	$ 108.000	14/02/2012	14/02/2012
10	50109038	$ 64.000	14/02/2012	15/04/2012
11	50075432	$ 54.000	13/02/2012	14/04/2012
12	50075430	$ 27.000	13/02/2012	14/04/2012
13	50075430	$ 1.080.000	13/02/2012	14/04/2012
14	50106433	$ 51.900	14/02/2012	15/04/2012
15	24714984	$ 418.004	30/12/2011	30/12/2012
16	24822634	$ 248.355	16/02/2012	17/04/2012
17	24766710	$ 175.631	16/01/2012	17/03/2012
18	24715127	$ 220.000	30/12/2011	1/03/2011
19	24792766	$ 176.000	13/02/2012	14/04/2012
20	24822483	$ 253.000	16/02/2012	17/04/2012
21	24822533	$ 297.000	16/02/2012	17/04/2012
22	24715171	$ 637.900	30/12/2011	1/03/2011

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de análisis en esta instancia.

TERCERO: **SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

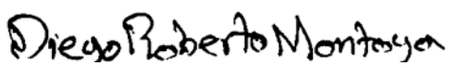
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CLARA INÉS MONTAÑEZ SOSA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PROTECCION S.A., OLD MUTUAL S.A Y PORVENIR S.A (RAD. 17 2019 00386 01)

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA CAMILA BEDOYA GARCÍA en su calidad de apoderada de la entidad (fl. 25).



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos por parte de PORVENIR S.A. (fls. 6 a 17), COLPENSIONES (fls. 18 a 24), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A., SKANDIA HOY OLD MUTUAL, PROTECCION S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez Diecisiete

(17) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el 19 de abril de 2022 (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:08:43, carpeta video audiencia 28-02-2022, expediente digital),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS l****as excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, error de derecho no vicia el consentimiento, imposibilidad jurídica de condena en costas y prescripción, propuestas por las demandadas según las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR*** *que el traslado de la señora CLARA INÉS MONTAÑEZ SOSA identificada con la C.C. 38.254.876 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (R.A.I.S.) administrado por HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A., fue ineficaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos.*
>
> ***TERCERO: DECLARAR*** *que la señora MONTAÑEZ SOSA se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de COLPENSIONES y que esta entidad tiene la obligación legal de validar su vinculación sin solución de continuidad, según las consideraciones expuestas.*
>
> ***CUARTO: ORDENAR*** *a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la vinculación de la demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales producto rendimientos e intereses, ordenándose además de devolver los gastos de administración que en su momento descontó, los cuales deberán ser asumidos de su propio patrimonio.*
>
> ***QUINTO: CONDENAR*** *además a SKANDIA S.A. y a PORVENIR S.A. a devolver los gastos de administración que en su momento descontaron y que deberán ser asumidos por cada una de su propio patrimonio.*
>
> ***SEXTO: ORDENAR*** *a COLPENSIONES recibir ese traslado de fondos que efectúen a favor de la demandante y a convalidarlo en su historia laboral.*
>
> ***SÉPTIMO: CONDENAR*** *en costas procesales a las demandadas, en firme esta sentencia por Secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una por valor de $900.000 moneda corriente.*
>
> ***OCTAVO: DISPONER*** *la Consulta de esta sentencia a favor de COLPENSIONES, remítase el expediente al superior una vez concluya la presente audiencia."*

Inconforme con la decisión los apoderados judiciales de las demandadas PORVENIR S.A. PROTECCION S.A. y COLPENSIONES la apelaron.

En primer lugar, PORVENIR solicitó se revoque en su integridad la sentencia de primer grado. Consideró el traslado fue eficaz y válido, no se acreditó la existencia de ningún vicio de consentimiento en el cambio de régimen de la demandante, pues no probó ninguna de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil; señaló, el formulario de afiliación suscrito por la demandante es un documento

público que se presume auténtico, no fue tachado ni desconocido por lo que no es dable restarle valor o desconocerlo y la decisión de la demandante fue espontánea y sin presiones.

Frente al deber de información, del interrogatorio vertido por la demandante se evidencia que le fue suministrada cierta información, no le surgieron dudas y no presentó inconformidad y la presente demanda obedece a una mera expectativa pensional y no a una supuesta ausencia de información. En su criterio, Porvenir S.A. cumplió con la carga de la prueba en la medida que aportó los documentos que tenía en su poder para demostrar que la demandante se trasladó en forma libre y voluntaria.

Agregó, debe tenerse en cuenta que la demandante efectuó traslados horizontales en el RAIS donde ha permanecido por más de veinte años sin presentar ninguna inconformidad, lo que conduce a concluir su intención de permanecer el régimen de ahorro individual. No es posible imponerle a su representada cargas no previstas en las leyes vigentes para la fecha en que se verificó el traslado de la demandante, lo que constituye una violación al debido proceso y a la confianza legítima.

Solicitó que en el hipotético caso que se confirme la declaración de ineficacia del traslado, se tenga en cuenta los dineros que se deben trasladar a COLPENSIONES dentro de los que no se encuentran los gastos de administración, porque su representada los recibió de buena fe y su devolución generaría un enriquecimiento sin causa a COLPENSIONES; además, señaló que frente a estos conceptos recae la prescripción del artículo 151 CPTSS.

Finalizó afirmando que para el año 2000 cuando la demandante se trasladó de régimen no existía la obligación de entregar cálculos o proyecciones respecto al futuro pensional, lo que surgió a partir del Decreto 1748 de 2014 y solicitó se declaren probadas las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica que formuló en su escrito de contestación y se absuelva a su representada de todas las pretensiones de la demanda.[1] (*Audiencia virtual*

[1] *"**Apoderada PORVENIR S.A (1:11:27):** Muchas gracias su señoría, presente recurso de apelación de manera total e integral a la sentencia emitida por este juzgado solicitando de manera muy*

respetuosa a los Honorables magistrados que se revoque en su totalidad y por su parte se absuelva a mi representada de cada una de las ordenes allí impartidas.

En cuanto la suscrita insiste que el traslado fue eficaz y válido, que no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ninguna de las causales previstas en el artículo 1741 del código civil, lo que conduce que el acto jurídico de vinculación con mi representada fue eficaz y en ese sentido para la reclamación del presente proceso se encuentra prescrito. Dicho esto, preciso es mencionar que ningún de estos presupuestos legales se alegaron y menos fueron demostrados en el proceso pues obligatorio es mencionar que el formulario de afiliación suscrito por la parte demandante , es un documento público que se presume auténtico, según los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso y el parágrafo el artículo 54 del código de procedimiento del trabajo y la seguridad social, que además contiene la declaración que trata el artículo 114 de la ley 100 de 1993, esto es que la selección fue libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento no fue tachado, ni desconocido como lo dispone los artículo 246 y 272 del Código General del Proceso. Por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo.

Frente al deber de información que aduce el fallador de primer grado, la demandante ene l interrogatorio manifestó que le fue otorgada cierta información que no le surgieron dudas y que no presentó inconformidad, y que impetró la demanda por una mera expectativa pensional y no por una supuesta ausencia de información. En relación con el contendido del formulario de afiliación, insisto es un documento válido y autorizado por la Superintendencia financiera de Colombia, donde la demandante firmó de manera libre, espontánea y voluntaria, razón por la cual no es dable restarle valor a esta actuación.

De igual manera, insisto que el artículo 271 de la ley 100 de 1993, establece que la ineficacia cuando impide o atente el derecho de la afiliación, esto incurre el dolo, aquí quedó probado que la decisión de hacer este traslado fue de manera libre y voluntaria. Aduce, también el fallador de primera instancia que mi representada no allegó pruebas de cumplimiento de sus deberes para con la parte actora al momento de la vinculación, esto hace referencia a entregar información completa, veraz y oportuna, tal inferencia no se ajusta a la realidad procesal por cuanto mi representada cumplió con la carga procesal impuesta, pesé a la inversión de la prueba que hizo la Corte Suprema de Justicia contario a los legalmente dispuesto al respecto, en la medida que mi representada aportó todos los documentos que tenía en su poder, para demostrar que la parte actora ha estado vinculada a mi representada producto de una decisión libre y voluntaria, lo que se acredita no solamente por el formulario de afiliación sino con la declaración que rindió la demandante y dejo claridad en el presente asunto, también reiteró que hizo o procedió y que también pues se encuentra probatoriamente en documental aquellos traslados horizontales que se efectuaron en el régimen de ahorro individual con solidaridad, documentos que son auténticos y 0que también se insiste y se queda probado con la conducta de la afiliada que permaneció por más de 20 años en este régimen de ahorro individual con solidaridad y no haber presentado ningún inconformidad. La demandante permitió el descuento con destino al fondo privado, pruebas que, analizadas de manera crítica y en conjunto, conducen con certeza a concluir que la intención de la parte actora era permanecer al régimen de ahorro individual.

Vale mencionar honorables magistrados que jurídicamente no es viable imponerle cargas distintas a mi representada a las previstas o a las previstas en las leyes existentes en el momento que sucedió la afiliación de la parte demandante, esto constituye la violación al debido proceso y a la confianza legitima del fondo que represento, ya que para cuando se celebró el acto jurídico de vinculación con la entidad HORIZONTE hoy PORVENIR SA., no solamente el afiliado para ese momento era jurídicamente capaz sino que además, este acto contiene objeto y causa lícita, y ahora por cuenta de interpretaciones el alcance que hace algunas normas, se desconocen instituciones primarias de un Estado Social de Derecho como son la validez y los efectos de los actos jurídicos.

concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:11:27, carpeta video audiencia 28-02-2022, expediente digital).

Ahora bien, señores magistrados en el hipotético y remoto evento que ustedes llegaran a considerar o confirmar que el traslado que se efectuó en el año 2000 es ineficaz, solicito que se reitere y que pongo de presente que no se puede olvidar que el artículo 113 literal b de la ley 100 de 1993, menciona cuales son los dineros que se deben trasladar cuando existe el cambio de régimen, esto es el saldo de la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, lo que impide legalmente que se pida ordenar la devolución de sumas diferentes a las referidas en esta norma, razón a la que hago alusión que son aquellos gastos de administración, que se causan en los dos regímenes y no se puede desconocer que mi representada realizó administración de los recursos que le fueron encomendados y los realizó de buena fe, estos gastos no se pueden trasladar, insisto se generaría un enriquecimiento sin justa causa por parte de la entidad COLPENSIONES, insisto que se aduce a la prescripción que trata el artículo 151 del código de procedimiento del trabajo y la seguridad social.

En este orden de ideas, los gastos de administración y las primas de seguros al no corresponder a valores que pertenecen a los afiliados ningún de los regímenes pensionales en cuanto no financian la prestación de vejez, no son parte integrante de ella, razón de peso para resaltar su imprescriptibilidad, característica que si goza el derecho pensional. Insisto que esos gastos de administración con todo respeto a los honorables magistrados pues no deberían trasladarse a la entidad COLPENSIONES.

Por todas las anteriores consideraciones respetuosamente solicitó al honorable Tribunal sala laboral analizar las circunstancias particulares de este proceso, que se exhiben con suficiencia que el acto jurídico celebrado entre las partes no se probó ninguno d ellos presupuestos establecidos en la ley para declarar la ineficacia del acto jurídico, por el argumento jurisprudencial de la falta del consentimiento informado, como quiera que mi representada cumplió con la carga probatoria que suministró la información suficiente y objetiva al momento de la vinculación para el año 2000 con HORIZONTE hoy PORVENIR S.A, como lo refleja el formulario de afiliación que fue aportado como prueba en el proceso, documento que es público que se presume autentico, no fue tachado, ni desconocido en los términos de la ley, sumado a ello la parte actora permaneció en el régimen de ahorro individual con solidaridad por más de 20 años, realizando traslados horizontales que permitieron y que analizado esto en conjunto, exhiben el consentimiento informado, más allá del momento del traslado inclusive.

Recalco también a los honorables magistrados que para el momento de la vinculación, es decir, para el año 2000 la AFP PORVENIR S.A, también para el año 2006 que retorno a mi representada cumplió con todas las obligaciones respecto al deber de información, conforme a lo señalado en la circular externa 019 de 1998 de la Superintendencia financiera de Colombia, y las sucesivas sobre el particular, sin perjuicio de lo anterior, honorables magistrados destaco que para la fecha que se produjo la afiliación de la demandante al fondo de pensiones administrado por HORIZONTE hoy PORVENIR S.A no existía la obligación de entregar cálculos o proyecciones acerca de su fututo pensional, en consideración que esta obligación surgió a partir del decreto 1748 de 2014, la cual se produjo el 26 d diciembre de 2014. Recalco de esta manera al Honorable 6Tribunal declarar probadas las excepciones, razones y fundamentos de derecho contempladas en la contestación de la demanda, lo cual reitero a las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica con el fin de revocar en su integridad la sentencia de primera instancia, para que en su lugar absuelvan a mi representada en todas y cada una de las pretensiones de la demanda. De esta manera su señoría presentado mi recurso de apelación, muchísimas gracias por la oportunidad"

A su turno, la apoderada de PROTECCION S.A. interpuso recurso de apelación de manera parcial referente a la condena de devolver gastos de administración, los cuales fueron descontados durante el tiempo que la actora estuvo afiliada a la AFP, descuento que se hizo en virtud de una disposición legal y se trata de comisiones ya pagadas y causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual y corresponden a una contraprestación por la buena gestión de su representada. Recordó, la entidad no cuenta con ningún dinero que corresponda a la actora, recursos que fueron trasladados a otras AFPS. [2] (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:20:06, carpeta video audiencia 28-02-2022, expediente digital).*

Por último, COLPENSIONES solicitó que sea revocada la condena en costas que le fue impuesta por ser un tercero de buena fe en el proceso en tanto no hizo parte del acto de afiliación ni del asesoramiento que se hizo a la demandante; únicamente es la entidad en la que recae la afiliación. Solicitó que tampoco se le imponga condena en costas en la alzada. [3] (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del*

---

[2] *"**Apoderada PROTECCIÓN (1:20:06):** Gracias señor juez, me permito interponer recurso de apelación de manera parcial ante el Honorable Tribunal Sala Laboral, en lo que tiene que ver con el traslado de las comisiones de administración, la deducción del dinero de la cuenta de ahorro individual de la demandante por este concepto, se realizó por la consecuencia de una disposición legal, valida, exequible, aplicable y vigente, y se trata de comisiones ya pagadas y causadas, durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual.*

Es importante tener en cuenta que estos dineros son descuentos realizados conforme a la ley, como contraprestación a una buena gestión de administración, como lo es legalmente permitido frente a cualquier entidad financiera.

También es muy importante tener en cuenta que en mi representada no reposa ningún dinero de la cuenta de ahorro individual de la parte actora, por lo que todos los dineros fueron trasladados a las AFP posteriores, y también es importante que se tenga en cuenta que estos dineros son descuentos que se realizan en el régimen de prima media, por lo que no habría lugar a que se traslade ningún tipo de emolumentos que se haya podido causar respecto a la afiliación que tuvo la demandante con mi representada. Dejo así sentando mi recurso de apelación. Muchas gracias".

[3] *"**Apoderado COLPENSIONES (1:21:30):** Gracias su señoría, su señoría interpongo recurso de apelación frente a la condena en costas. Señores magistrados por medio del presente recurso de apelación frente a la condena en costas toda vez que COLPENSIONES es un tercero de buena fe en este proceso, lo cual no debe ser condenado en costas. Máxime que, para poder iniciar dicho proceso judicial, el proceso de nulidad o ineficacia del traslado tiene que ser parte COLPENSIONES, por ser la entidad que debe recibir a la persona. (inaudible), señores magistrados que COLPENSIONES no*

C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:21:30, carpeta video audiencia 28-02-2022, expediente digital),

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda *(páginas 5 y 6, archivo "2019-386.pdf", expediente digital)* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo *(páginas 1 a 5, ibídem)*, aspirando se declare la anulación por ineficacia del traslado efectuado a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. por la omisión del deber de información; se ordene el traslado y afiliación de la demandante a COLPENSIONES como si nunca se hubiera trasladado. Se ordene a OLD MUTUAL S.A. , fondo de afiliación actual, trasladar la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales y rendimientos con destino a COLPENSIONES; se ordene a OLD MUTUAL S.A. en caso de haber otorgado pensión a la demandante antes de proferirse sentencia, la siga pagando hasta tanto se trasladen todos los recursos a COLPENSIONES sea incluida en nómina de pensionados por esta última entidad; lo ultra y extra petita y las costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró ineficaz el traslado de la demandante al RAIS, declaró que la actora se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida; ordenó a PROTECCION a trasladar a COLPENSIONES los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los

---

hizo parte del acto de afiliación, no hizo parte al asesoramiento de la que es hoy la demandante, sino simplemente es la entidad en donde recae la afiliación, entonces por lo tanto no puede ser condenada en costas. Tenemos que mirara la naturaleza del proceso, frente a la oposición que hace la entidad, que hace COLPENSIONES en el escrito de la demanda y en el proceso, hay que decir que esa oposición que hace en virtud a la prueba documental que reposa en el mismo expediente, lo cual es el formulario de afiliación, el cual fue válido, demuestra que fue firmado por la señora, entonces se hace una oposición frente a dicho formulario y pero ya observando las resultas del proceso y viendo el deber de información frente al fondo privado pues no se ve, entonces no COLPENSIONES no tiene que ser condenado en costas, de igual forma, para segunda instancia solicito no sea condenado en costas. Gracias."

respectivos intereses, rendimientos y cuotas de administración; condenó a SKANDIA S.A. y a PORVENIR S.A. a devolver los gastos de administración que en su momento descontaron a la demandante; condenó a COLPENSIONES a aceptar el traslado de las anteriores sumas y convalidarlas en la historia laboral de la demandante Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[4].

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 21 de noviembre de 1961 (*Página 97 archivo, "2019-386.pdf", expediente digital),* por lo que a 1° de abril de 1994 contaba con 32 años y los 57 años de edad los cumplió el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante COLPENSIONES el 16 de noviembre 2018 (*Páginas 85 y 86 archivo, "2019-386.pdf", expediente digital)* esto es, cuando le faltaban menos de diez años para adquirir el derecho pensional -tenía 56 años- y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994- pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba

[4] *En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".*

apenas 100,12 semanas, que corresponden a 1,9 año *(carpeta expediente administrativo, archivo GRP-SCH-HL665544443332211.pdf", expediente digital),* por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 6 **de octubre de 2000,** efectivo el **01 de diciembre de 2000** (*Páginas 407 y 417, Archivo "2019-386.pdf", expediente digital),* por afiliación que hiciera a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada y que ésta fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal información debe ser objetivamente verificable, en el entendido de que aquél debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión *"libre y voluntaria*" contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura.

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

"Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute**, es eficaz**, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.*

Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias."

En tal sentido, *"es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez"* (SL1688 de 2019).

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc[5], en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

"(...)
De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).

[5] *Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020*

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Entonces, según la norma precedente, 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."*

Frente a este respecto, además, esa alta Corporación en sentencia SL-1948 de 2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (*vuelta al status quo ante*, art. 1746 CC). Así, discurrió

*"**1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen***

Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.

Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (…) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».

De ahí que le corresponda a la Sala precisar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto.

Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC).

[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios

que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral […] la afiliación respectiva quedará sin efecto».

Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019).

En ese orden, no se trata de analizar la presencia de vicios que conlleven a la nulidad del negocio jurídico, sino de establecer el cumplimiento del deber de información como condición de eficacia del traslado de régimen pensional, razón por la cual, no se requiere la acreditación en este juicio de la presencia de vicios que invaliden el consentimiento.

Ahora bien, sobre esta temática igualmente, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado,* por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la actora al fondo accionado HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011[6], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las sentencias SL

[6] *"Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba*

amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la "ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA", en donde se señala una mesada pensional de $900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el "RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL", es de $1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

"Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años,

y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

"En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

"Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

"Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

"El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.

"(…).

"Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

"Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

"Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

"La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

"La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

"Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

"Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

"Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

"En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

"(…) ***Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.***

(…)

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión

(…).

"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña".

"Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales".

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta 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.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, 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.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. *A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (…)"*

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información a la accionante cuando efectuó el tránsito entre regímenes en los términos aquí referidos, pues en manera alguna se evidencia en el plenario que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante[7], no acreditan de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar, para el año 2001, hubo una reunión grupal con un asesor de HORIZONTE que duró alrededor de 15 minutos, el asesor del fondo diligenció el formulario, le indicó que el gobierno iba a acabar el ISS y lo mejor era pasarse a HORIZONTE, pero no fue ilustrada sobre los rendimientos, requisitos para pensionarse, entre otras especificidades del RAIS, anotándose que aunque el traslado se efectuó en el año 2000, como se extrae del SIAF y del formulario de afiliación a que ya se hizo referencia y aunque la demandante hace referencia a un año posterior, ello pudo corresponder a un lapsus, lo que con mayor razón implica que no cuenta con una información eficaz y clara frente a las condiciones del traslado.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de

[7] Audiencia del 28 de febrero de 2022, récord 15:07

afiliación a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. , (expediente digital, archivo 2019-386.pdf, página 407), éste no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias SL12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

Respecto al comunicado de prensa *(Páginas 472 a 474 ibídem)* es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara a la afiliada una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora –HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A.- no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características.

Aquí también debe resaltar esta Sala, el deber de información existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y por ende de los fondos privados se estableció en cabeza de éstos el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así, por ejemplo, en sentencia SL1688-2019 reiterada en la SL-3708-2021 y SL-3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

"1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

...

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público,

acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Además, ilustró las diferentes etapas del deber de información, así:

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 1.° 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 3.°, 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 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Como se ve, ya para el año 2000, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen **(6 de octubre de 2000,** efectivo el **01 de diciembre de 2000)** el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar, no tiene incidencia alguna que la actora no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen. Al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

Tampoco incide el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (página 417 archivo 2019-386.*pdf", expediente digital),* en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual.

Con relación a los actos de relacionamiento como indiciarios de la ratificación de la voluntad de permanecer en el RAIS a la que se ha hecho referencia, la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en señalar que no puede entenderse que los posteriores traslados entre administradoras configuran un acto relacionamiento que demuestre la voluntad de permanecer en el régimen de ahorro individual, Recientemente reiteró esta postura en sentencia SL 1055-2022 radicación 87911 de 2 de marzo de 2022, insistiendo en que ello no desvirtúa el hecho del incumplimiento frente al deber de información. Textualmente señaló lo siguiente:

> *Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.*
>
> *Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.*

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.

Bajo tal orientación, en tratándose de la ineficacia del traslado, como ya se anotó, no resulta relevante los traslados efectuados por el afiliado dentro del mismo régimen.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PROTECCION S.A. (antes ING), como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Conviene anotar igualmente, en autos no tiene relevancia lo atinente a la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues es suficiente indicar en este punto, no se está avalando el tránsito de un régimen a otro sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva a retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Asimismo, advierte la Sala, frente a los argumentos de apelación de PORVENIR S.A. (antes Horizonte) y PROTECCION S.A. (antes ING) relacionados con los gastos de administración resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante a COLPENSIONES (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, en la que se dijo:

"Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.

[…]

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 ésta 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.***

Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada."

Igualmente, en la sentencia SL1421-2019, Radicación N° 56174 del 10 de abril de 2019, se expuso:

"Conforme a lo establecido en sede de casación, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, que la actora jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de igual forma, que el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 (...)".

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES[8], a favor de quien se surte la consulta (*página 360, archivo "2019-386.pdf", expediente digital),* basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Es de anotar en este punto, dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración y demás restituciones, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción.

Sobre esto último, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2611, Radicación N° 67972 del 1° de julio de 2020, señaló que las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones, hace inoperante dicho fenómeno extintivo frente a los mismos. Puntualmente dijo esa Corporación:

[8] Se estudia la excepción solo a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada mediante auto 3 de noviembre de 2021 (Páginas 477 y 478, archivo "2019-386.pdf", expediente digital)

"…recientemente, en la sentencia CSJ SL1421-2019, tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto, sosteniéndose que en materia del derecho del trabajo y la seguridad social, las disposiciones que gobiernan la extinción de la acción son los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, que consagran un periodo trienal para que opere ese fenómeno; sin embargo, se adujo que tal normativa no resulta aplicable a los casos de ineficacia del traslado, por cuanto se trata de una pretensión de carácter declarativa, que es precisamente lo que sucede en el sub examine, en la aludida providencia se dijo:

Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que ***las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo,*** *en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.*

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el trascurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.

Conforme a lo discurrido, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, (…)" (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Finalmente, respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte de COLPENSIONES, téngase en cuenta que el legislador nacional ha acogido el criterio objetivo, en virtud del cual, las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el numeral 1º del artículo 392 del C.P.C, ahora artículo 365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual *"se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (…)"*, sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, por manera que al haber sido desfavorable la sentencia de primer grado a la demandada COLPENSIONES, lo atinente a derecho es que sea condenada en costas, iterando, la única valoración a tener en cuenta en este aspecto, es las resultas del proceso, se confirma la decisión.

Agotada la competencia de la Sala, habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta y por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

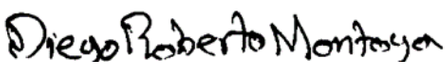
En mérito de los expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

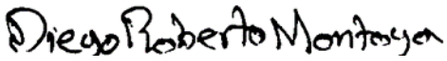
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR SAMUEL ARIAS ARIAS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- y la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –UGPP- (RAD. 22 2018 00036 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Reconocer personería adjetiva al abogado DAVID RICARDO GUILLEN RODRIGUEZ, como apoderado sustituto de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA, en su calidad de representante legal de la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S (fl. 9)



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la demandada COLPENSIONES (fls. 5 a 8), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente:

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, en virtud del grado jurisdiccional de Consulta en favor de la parte actora, frente a la sentencia

proferida por el Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 19 de abril del 2022, en virtud de lo dispuesto por los Acuerdos PCSJA20-11686 del 10 de diciembre del 2020 y CSJBTA20-109 del 31 de diciembre del 2020 (*audio archivo 12, expediente digital*), en la que se resolvió *(Record: 1:12:16)*:

> ***"PRIMERO: NEGAR** las pretensiones de la demanda incoadas por el demandante conforme a las razones expuestas en esta motiva, en consecuencia, declarar que las pensiones de jubilación a cargo de la UGPP, así como la de vejez a cargo de Colpensiones son compartibles entre sí, conforme a lo expuesto. Siendo a cargo de la primera únicamente el mayor valor en relación con la pensión de vejez reconocida al demandante por Colpensiones si a ello hubiere lugar.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR** probadas las excepciones presentadas por la parte demandada de Inexistencia de la obligación, imposibilidad jurídica para cumplir lo pretendido propuestas por el apoderado judicial de la demandada UGPP y la de Inexistencia del derecho reclamado, así como el cobro de lo no debido y carencia de causa para demandar que fueron formuladas por Colpensiones.*
>
> ***TERCERO:** En consecuencia, de lo anterior **ABSOLVER** a las demandadas Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el aquí demandante.*
>
> ***CUARTO:** En el evento de no ser apelada ésta decisión y por haber sido totalmente adversa a los intereses del trabajador se dispone su remisión en el Grado Jurisdiccional de Consulta ante el Tribunal Superior de Bogotá Sala de decisión Laboral del Distrito Judicial.*
>
> ***QUINTO:** Se impone **CONDENA** en costas a la parte demandante y a favor de cada una de las demandadas, señalando para cada una el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente para el momento en que se adopta esta decisión.".*

La ausencia de apelación contra la providencia anterior justifica la presencia de las diligencias en esta Corporación, a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante, a lo cual se procede previa la constatación de inexistencia causal de nulidad que invalide lo actuado y conforme las siguientes

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante SAMUEL ARIAS ARIAS, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (archivo 1 expediente digital, página 179), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados a folios 177 y 178 ibídem, aspirando se declare tiene derecho al reconocimiento de su pensión de jubilación sin compartirla con la de vejez reconocida por Colpensiones, en consecuencia se condene a la UGPP al pago de

la pensión de jubilación sin compartirla con la de vejez reconocida por Colpensiones a partir del 2 de octubre del 2007, se condene a Colpensiones a indexar la primera mesada pensional, a pagar el retroactivo causado por el reconocimiento de la pensión de vejez, a pagar los intereses moratorios de conformidad con lo establecido en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia** desfavorable a sus aspiraciones por cuanto se absolvió de todas las pretensiones, tras considerarse que la pensión reconocida en su momento por la CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO fue con posterioridad al 17 de octubre de 1985 y por ende tiene el carácter de compartida con la de vejez reconocida por Colpensiones, aunado a que así se estipulo al momento de otorgar la pensión extralegal.

Así las cosas, no existe controversia alguna en cuanto a que la CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO le reconoció al demandante una pensión de jubilación a través de la Resolución 0343 del 2 de septiembre de 1991 (archivo 1 expediente digital páginas 9 y 10), a partir del 2 de agosto de 1991 por valor de $239.469, de conformidad con lo dispuesto en el ACTA DE AUDIENCIA PUBLICA ESPECIAL DE CONCILIACIÓN celebrada ante el Juzgado16 Laboral del Circuito de Santa Fe de Bogotá D.C. el 2 de agosto de 1991, en donde el demandante y su empleador (Caja de Crédito Industrial y Minero) acordaron (Archivo 1 expediente digital, páginas 9 y 10):

> *"a.) Dar por terminado por "mutuo consentimiento" a partir del día primero (1º) de agosto de 1991, el contrato de trabajo.*
>
> *b.) Acordar el reconocimiento anticipado de la pensión vitalicia de jubilación a partir del día Agosto (2) de 1991.*
>
> *c.) Acordar como valor de la pensión el equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios de acuerdo con los factores establecidos en el parágrafo tercero del artículo 42 de la Convención Colectiva vigente (1990-1992)."*

En este punto se debe precisar la CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO en el acto administrativo 0343 del 2 de septiembre de 1991 "*Por medio de la cual se reconocer Pensión de Jubilación por Habilitación de Edad"* dispuso (página 9 Archivo 1 expediente digital):

> *"**ARTICULO QUINTO**: La Caja afiliará a SAMUEL ARIAS ARIAS en su calidad de pensionado al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES en la categoría que corresponda, para seguir cotizando por los riesgos de Invalidez, Vejez y Muerte de*

> *qué trata el Articulo 5 del Decreto 2879 de 1985 en concordancia con el Decreto 758 del 11 de abril de 1990.*
>
> ***ARTICULO SEXTO:*** *La Caja Agraria reconocerá a SAMUEL ARIAS ARIAS el valor total de la pensión hasta la fecha en que el I.S.S. le reconozca y pague la pensión de vejez, momento a partir del cual la Caja solo pagará la diferencia entre uno y otro valor si la hubiere.*
>
> ***ARTICULO SEPTIMO:*** *Reunidos por el pensionado los requisitos legales para la pensión de vejez, la Caja Agraria accionará ante el I.S.S. para obtener el reconocimiento de dicha prestación en desarrollo de la facultad consagrada en el artículo 13 del Decreto 758 de 1990"*

Igualmente, a folios 48 a 55 (archivo 1, expediente digital), obra la Resolución GNR 303396 del 3 de octubre del 2015, por medio de la cual COLPENSIONES le reconoció al señor SAMUEL ARIAS ARIAS una pensión de vejez conforme a la Ley 797 del 2003, a partir del 23 de agosto del 2008 y en cuantía inicial de $1.978.865 y un retroactivo de $210.961.265, dineros que quedaron en suspenso, conforme consta en la citada resolución.

Planteado así el debate, aspira el demandante, la encartada UGPP le continúe pagando la totalidad de la pensión de jubilación sin perjuicio de la de vejez reconocida por Colpensiones, pues en los términos expuestos en el libelo considera que opera la compatibilidad de dichas pensiones.

Advirtiéndose, es claro para la Sala, la pensión que se le reconoció al convocante por parte de su empleador lo fue por previa solicitud efectuada por el actor en los siguientes términos: "*Que el señor SAMUEL ARIAS ARIAS formuló a la Entidad solicitud en el sentido de que se estudiara la posibilidad de habilitarle la edad para entrar a gozar anticipadamente de la pensión de jubilación convencional, que al efecto prevé cuarenta y siete (47) años de edad y más de veinte (20) años de servicios a la Entidad. La CAJA AGRARIA aceptó la petición que libre y espontáneamente le formuló el trabajador …"* (Ver página 6, archivo 1 expediente digital), situación que no impide que tenga vocación de compartibilidad.

Sobre el punto, conviene inicialmente precisar que, a partir de 1985, a través del Acuerdo 029 originario del I.S.S., artículo 5° aprobado por el Decreto 2879 del mismo año, se consagró la posibilidad de compartir esta clase de pensiones -reconocidas en Convención Colectiva, Pacto Colectivo, Laudo Arbitral o voluntariamente -, mediante el pago de las cotizaciones para el riesgo de vejez por parte del empleador. Igualmente, el Acuerdo 049 de 1990 también proveniente del I.S.S., dio la posibilidad a los empleadores que otorguen pensiones extralegales y

estas se hayan causado a partir del 17 de octubre de 1985, para que continúen cotizando al I.S.S., hasta cuando los afiliados cumplan los requisitos exigidos por este instituto para otorgar la pensión de vejez, momento en el cual el empleador únicamente pagaría la diferencia si la hubiere, entre lo reconocido por él y lo asumido por el I.S.S., precisándose en todo caso que estas normas solo se aplican a las pensiones reconocidas con posterioridad al referido Acuerdo 029 de 1985 del I.S.S., por ser a partir de entonces viable la compartibilidad de las pensiones extralegales con las de vejez.

Al tema es pertinente aclarar, no solamente las pensiones que tengan fundamento en la Ley, laudos, pactos o convenciones colectivas son susceptibles de ser compartidas, pues como ya se explicó el Acuerdo del ISS 029 de 1985, contempló la posibilidad de compartir también pensiones de carácter voluntario como la que le otorgó la Caja de Crédito Agrario y Minero al accionante.

En el mismo sentido, debe indicarse, en el acto administrativo del reconocimiento pensional en su numeral quinto se estableció textualmente: *"La Caja afiliará a SAMUEL ARIAS ARIAS en su calidad de pensionado al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES en la categoría que corresponda, para seguir cotizando por los riesgos de Invalidez, Vejez y Muerte de qué trata el Articulo 5 del Decreto 2879 de 1985 en concordancia con el Decreto 758 del 11 de abril de 1990."* (página 9 Archivo 1 expediente digital).

Entonces, conforme a dicha resolución queda al descubierto, precisamente el carácter **compartido** de la prestación voluntaria y anticipada que reconoció el empleador, donde se estableció su obligación de seguir cotizando al sistema general de pensiones para que su trabajador pudiera obtener la pensión de vejez.

Así las cosas y como quiera que la pensión de jubilación extralegal fue reconocida al demandante en fecha posterior al 17 de octubre de 1985, valga precisar, a partir del 2 de agosto de 1991, resulta claro para la Sala que existe la posibilidad de **compartirla** con la pensión de vejez, salvo que medie la voluntad expresa de las partes en sentido contrario, la cual no fue acreditada en el presente asunto, pues como ya se mencionó en la Resolución a través de la cual se le comunicó al demandante el derecho pensional se plasmó que con el fin de compartir dicha prestación la CAJA DE CREDITO AGRARIO Y MINERO iniciaría el pago de las cotizaciones por los seguros de invalidez, vejez y muerte, en aras de subrogar

tales riesgos quedando a su cargo únicamente el mayor valor que se generara entre la pensión por el reconocida y la otorgada por el régimen de prima media.

Aunado a lo anterior y si bien la CAJA DE CREDITO AGRARIO, conforme a la historia laboral aportada por Colpensiones al expediente (Archivo 3 expediente digital) inició el pago de aportes solo hasta el 1° de marzo del 2001 (fecha posterior al reconocimiento de la pensión que lo fue en el año 1991) indudablemente denota la intención que tenía de subrogar en dicho instituto el riesgo de vejez de su trabajador, semanas que incluso fueron tenidas en cuenta para el otorgamiento de la pensión de vejez y que en manera alguna pueden ser ahora desconocidas en aras de acreditar la peticionada compatibilidad entre la pensión de jubilación y la de vejez.

Considerando lo anterior y teniendo en cuenta la incompatibilidad de la pensión reconocida por la ex empleadora del accionante, pues se itera ésta fue reconocida con posterioridad al 17 de octubre de 1985 y no existe pacto alguno de su compatibilidad con la pensión de vejez reconocida a su vez por COLPENSIONES, aunado a que el acto administrativo reconocedor de la pensión extralegal es claro en demarcar el carácter compartible de la prestación no se evidencia yerro alguno en la actuación de la UGPP ni de COLPENSIONES, resultando por tanto improcedente la solicitud de declaratoria de compatibilidad entre las dos prestaciones, tal como lo señaló el censor y en consecuencia, se procederá a confirmar el fallo impugnado en su totalidad.

Sobre el tema bajo estudio bien vale la pena recordar lo dicho por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia del 16 de febrero de 2010, Radicación 36923, en la cual expresó:

> "*…, en sentencias del 8 de agosto de 1997, radicación 9444, reiterada y adicionada en las del 30 de noviembre de 1999, 18 de septiembre de 2000 y 30 de enero de 2001, radicaciones 12461, 14240 y 14207, respectivamente, esa disparidad de criterio desapareció, y se unificó en el sentido de ser compatibles las pensiones extralegales concedidas por los empleadores antes de la vigencia del Decreto 2879 de 1985, aprobatorio del Acuerdo 029 del mismo año, con las de vejez reconocidas por el I.S.S., salvo estipulación en contrario; posición que aún se mantiene y se confirma en esta oportunidad. En la última decisión citada se dijo:*
>
> > *"En ese orden es dable aclarar que, frente a las pensiones, es distinto el concepto de la compartibilidad del de la compatibilidad, pues el primero surge conforme a los supuestos de hecho que los artículos citados disponen, esto es, que una vez se empieza a pagar la de vejez por el ISS, se comparte su valor con la que venía siendo pagada por la empresa, reconocida el 17 de octubre*

> *de 1985 siendo de cuenta de esta última su mayor valor, si lo hubiere, mientras que en el segundo no se confunden o comparten los valores de una y otra pensión, las dos se pagan separadamente, una por el Instituto y otra por la empleadora.*
>
> *"Este punto ya ha tenido oportunidad de estudiarse por la Corte. En sentencia del 18 de septiembre pasado, radicación 14240, se puntualizó, entre otras, lo siguiente:*
>
> *"3. En varias oportunidades la Corte ha dilucidado el alcance del acervo normativo señalado por el impugnante como entendido equivocadamente y ha concluido que la pensión extralegal reconocida por un empleador antes del 17 de octubre de 1985, cualquiera sea el acto que le haya impuesto dicha obligación prestacional, esto es, contrato de trabajo, convención o pacto colectivo, laudo, o conciliación, por regla general es compatible con la pensión de vejez que alguna entidad del sistema de seguridad social también reconozca al beneficiario de aquella jubilación. A menos, ha puntualizado la jurisprudencia aludida, que por voluntad expresa de las partes se haya acordado la incompatibilidad de dichas pensiones y, por lo mismo, la compartibilidad de la pensión legal de vejez con la voluntariamente otorgada por el empresario, siempre y cuando se cumpla con los requisitos y condiciones señalados en la ley.*
>
> *Díjose en la más reciente de las sentencias alusivas al problema jurídico planteado por el censor, al determinar los alcances del Acuerdo 224 de 1966, que durante la vigencia de éste no era viable que una pensión de origen voluntario se compartiera con la de vejez otorgada por el Instituto de los Seguros Sociales, habida consideración de que la posibilidad consagrada en ese precepto se circunscribe de manera exclusiva a las pensiones de naturaleza legal (rad. 12461, 30 de noviembre de 1999). Es decir, que antes de la expedición del Decreto 2879 de 1985, aprobatorio del Acuerdo 029 del mismo año, no era factible conmutar una jubilación extralegalmente reconocida por el empleador, al cumplir su pensionado directo la densidad de cotizaciones y la edad requeridas para la adquisición del derecho a la pensión de vejez."*

Igualmente, en reciente sentencia SL1031 de 2022 Radicación No. 88138 del 30 de marzo del 2022 la citada Corporación sostuvo:

> *" (…) la Sala ha tenido oportunidad de precisar, que las prestaciones pensionales extralegales, otorgadas con posterioridad al 17 de octubre de 1985, comportan el carácter de compartibles, con ocasión de lo previsto por el Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 de igual anualidad, y el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma calenda, lo cual no obsta para que las partes pacten su compatibilidad, pues no existe restricción alguna frente a un acuerdo de voluntades de tal connotación.*
> *(…)*
> *Bajo este horizonte, atendiendo que la pensión extralegal ordenada judicialmente (…), se causó con posterioridad al Acuerdo 049 de 1990, esto es, el 27 de junio de 1999, y se hizo exigible el 10 de septiembre de 2010, conforme a las razones que se dejaron expuestas en otros apartes de este proveído, (…), al no existir evidencia de que se haya dispuesto expresamente en el acuerdo convencional que las pensiones en el establecidas no serían compartidas con el Instituto de Seguros Sociales, procede concluirse, que resultan compartibles las dos prestaciones, quedando en cabeza del empleador el mayor valor a partir del momento en que fue otorgada la pensión de vejez.*
> *Conforme a lo anterior, resulta claro que no existe ilegalidad en el hecho que ambas pensiones se soporten en el mismo tiempo de servicio, pues tal como se*

> *precisó en sentencia CSJ SL2576-2021, en caso similar al que nos ocupa, y conforme lo adoctrinado en providencia SL707-2018, realmente se advierte, que por virtud de la compartibilidad, surge la necesidad de efectuar la afiliación y aportes correspondientes al ISS, conforme con sus reglamentos, a efectos de que se logre la subrogación total o parcial de la pensión en cabeza de la empresa, en la medida en que los efectos de aquella se concretan "de un lado i) en una garantía del trabajador de manera que no vea afectada su pensión primigenia, y ii) de cara al empleador, liberarse así sea de manera parcial de la obligación."*
>
> *Luego, no se está ante un mismo tiempo para la concesión de dos pensiones, por cuanto es el pago de aportes el que permitió al obligado, en este caso, subrogarse parcialmente de la acreencia y, sin que para el cubrimiento del mismo riesgo surjan concomitantemente dos prestaciones."*

Así las cosas, se agota la competencia de la Sala por el estudio del grado jurisdiccional de Consulta en favor del demandante, en los términos anteriormente expuestos.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de los expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá, de acuerdo a lo considerado.

SEGUNDA: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR BLANCA INES RAMÍREZ CONTRA COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS y la vinculada como tercera ad excludendum CLARA INES BENVIDES GONZALEZ (RAD. 26 2018 00589 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por BLANCA INES RAMIREZ (fls. 3 a 5) y COLFONDOS (fls. 6 a 13), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la demandante BLANCA INES RAMIREZ y por COLFONDOS, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 29 de octubre del 2021 (Audio Archivo 13 expediente digital, record: 2:05:21), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** que la señora CLARA INÉS BENAVIDES GONZALEZ, identificada con la cédula de ciudadanía N° 35'402.263, tiene derecho a la sustitución de la pensión del causante FRANCISCO EMILIO FORERO AHUMADA quien en vida se identificaba con la cédula de ciudadanía N° 11'333.640.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada COLFONDOS a reconocer y pagar la sustitución pensional a partir del 17 de julio de 2016, a favor de la señora CLARA INÉS BENAVIDES GONZÁLEZ en un 100% de la prestación, teniendo como mesada pensional para el año 2016 el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente, siendo esto el 100% del valor de la mesada, generándose un retroactivo pensional para octubre de 2021 en la suma de $54'675.016, valor del cual se autoriza a COLFONDOS a realizar los descuentos en salud, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***TERCERO: ABSOLVER** a la demandada COLFONDOS de las demás pretensiones incoadas en su contra.*

> ***CUARTO: ABSOLVER** a COLFONDOS S. A. PENSIONES Y CESANTÍAS de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte de la señora BLANCA INÉS RAMÍREZ, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***QUINTO**: Sin costas en esta instancia."*

Inconforme con la decisión la apoderada judicial de la señora BLANCA INES RAMIREZ, interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia de primer grado, asegurando los testigos decretados coincidieron en afirmar que la convivencia inició desde el año 2009 o 2010, precisando la demandante y el de cujus se conocieron primero en un cultivo de hortalizas y con posterioridad trabajaron en un lavadero de carros, asegurando se encuentra probado con todos los testimonios y con el interrogatorio de parte de la actora, que la pareja sostuvo una relación afectiva y continua por más de 7 años. (Audio Archivo 13 expediente digital, record: 2:07:01)[1]

Por su parte COLFONDOS solicita se absuelva a la entidad del reconocimiento de la pensión a la señora Clara Inés Benavidez González, porque tampoco acredita la calidad o condición de beneficiario de la pensión de sobrevivencia pues se debe

[1] "Perfecto me ratificó en el hecho que, de acuerdo con la información aportada en el proceso, las pruebas documentales, y que en primera instancia COLFONDOS como fondo de pensiones del señor FRANCISCO EMILIO FORERO le había otorgado la pensión de sobrevivientes a la señora BLANCA INES RAMIREZ para que, con ello, ella fuera su beneficiaria al derecho de pensión.

Así mismo, teniendo en cuenta los testigos tanto de la parte demandante como el interrogatorio de parte que la misma señora absolvió que efectivamente no convivía con el señor FRANSISCO EMILIO FORERO AHUMADA desde el 2011, pero jamás desvirtuó que efectivamente el señor vivía con anterioridad con la hija y no supo tampoco indicar si vivía o no con la señora BLANCA INES RAMIREZ, así mismo como lo indicó los testigos, efectivamente todos coinciden en la fechas de que vivieron desde el año 2009 o 2010, lo que no se deja entredicho que efectivamente ellos se conocieron primero en unas hortalizas, en unos cultivos y con posterioridad trabajaron juntos en un lavadero de carros, en este lapso de tiempo no obsta y no es óbice para que ellos se hubieren conocido, y hubieren compartido casa, techo, y lecho como lo pide la norma.

Así mismo, el testimonio del hijo del señor, el señor Rodrigo ratificó el hecho que efectivamente Don Emilio vivía en la casa del señor Andrés, uno de los hijos de la señora Blanca, con quien también convivía la señora Emilse, quien fue la que rindió el testimonio hoy y ella era quien era quien arrendaba los inmuebles, y les subarrendaba a ellos para su convivencia, entonces por lo anteriormente dicho a la fecha del fallecimiento del señor FRANCISCO EMILIO FORERO AHUMADA de conformidad con los testimonios se cuentan al menos los 5 años para probar que efectivamente ella tiene su derecho desde el 2011.

No es óbice tampoco el testimonio del señor Tomás dijese que efectivamente solo trabajaron 3 meses, cuando nunca pudo comprobar tampoco que ella no convivía con él, sino que efectivamente lo llevaba a la casa de su hija, hecho que no da certeza que efectivamente que no convivían juntos. Así las cosas se dejó probado con los testimonios, y con el interrogatorio de parte de la señora Blanca, que sostuvieron una relación afectiva y continua por más de 7 años, cumpliéndose de esa manera el requisito exigido por la ley 797 de 2003, en su artículo 13 y de igual manera con lo indicado por la Honorable Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral como organismo de cierre, en sentencia SL 1730 de 2020 y la sentencia SU 149 de 2021 proferida por la Honorable Corte Constitucional.

Así las cosas, dejo sustentando el derecho (sic), el recurso de apelación fundamentando también en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia 1730 de 2020, que realizó un cambio jurisprudencial sobre la posición fijada con anterioridad frente al requisito de convivencia de la pensión de sobrevivientes cuando quien fallece no se encuentra percibiendo una pensión. No siendo más los argumentos dejo sustentado el recurso de apelación."

tener presente que el requisito de convivencia es de estricto cumplimiento, asegurando dentro de autos quedo demostrado que la señora Clara Inés Benavides se separó del causante desde el año 2011, por lo que no convivió en los últimos 5 años continuos con anterioridad a la muerte del causante, no existiendo una relación de pareja o una ayuda o apoyo económico.

Reiterando esa comunidad o esa unión entre el señor Francisco Emilio Forero Ahumada y la cónyuge se rompió desde el año 2011, por lo que considera no existió una convivencia real efectiva y afectiva como tampoco ningún contacto entre ellos, tal como quedó demostrado con las pruebas documentales, testimoniales y con el interrogatorio de la señora Clara Inés en el cual manifestó que ella ni tan siquiera sabía dónde vivía el causante, considerando en el presente asunto ella tampoco tiene derecho a la pensión de sobrevivencia o a la sustitución pensional, solicitando se revoque la condena impuesta ya que no hay lugar a reconocerla como beneficiaria cuando desde el 2011 se rompió todo contacto con el causante.

Manifiesta que en caso de confirmarse la sentencia no se puede imponer ningún tipo de condena accesoria, si se tiene en cuenta que dentro del presente proceso se evidencio un conflicto de beneficiarios y que fue solamente hasta que la juez de primera instancia lo dirimió, señalando nuevamente en autos no hay siquiera prueba sumaria que acredite que si existió o que si tiene la condición de beneficiario más allá de un registro de matrimonio.

Concluye expresando, ninguna de las dos demandantes acreditan ni tienen la condición de beneficiarias, de modo que no hay lugar a reconocer la sustitución pensional, solicitando no se condene en costas pues COLFONDOS siempre ha actuado de buena fe. (Audio Archivo 13 expediente digital, record: 2:10:49)[2]

[2] "Gracias su señoría, estando en el momento procesal oportuno me permito presentar recurso de apelación parcial a la sentencia proferida por su honorable despacho esto en lo que tiene que ver en el numeral 1 y 2 de la sentencia el cual declaró que la señora CLARA INÉS tiene derecho a la sustitución pensional y que se condene a mi representada de reconocer el 100% de la mesada pensional por sustitución pensional del causante.

Lo primero que debo señalar su señoría es que se debe tener en cuenta que la noción o el requisito de convivencia durante los últimos 5 años continuos con anterioridad, la muerte del, reinicio, qué pena, señora juez.
Presento recurso de apelación solicitándole a los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá se revoque la condena impuesta a mi representada en el numeral uno y numeral dos de la presente sentencia y por lo tanto, se absuelva a COLFONDOS de reconocer la pensión a la señora Clara Inés, teniendo en cuenta que tampoco acredita la calidad y condición de beneficiario de la pensión de sobrevivencia o de la sustitución pensional, se debe tener presente que el requisito de convivencia es de estricto cumplimiento y por lo tanto quedo demostrado que la demandante la señora Clara Inés se separó del causante desde el año 2011, es decir, no convivió con en los últimos 5 años continuos con anterioridad a la muerte del causante y que esto es de

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

---

estricto cumplimiento. Por lo tanto, no se puede tener tan poco como beneficiaría a esta señora, téngase en cuenta que la Corte ha dicho, la Corte en sentencia de la Corte Constitucional, dijo que el requisito de la convivencia mínima debe ser de los 5 años, sin importar que el causante sea afiliado o pensionado, más en este caso donde nos tratamos de un afiliado o pensionado en el cual queda claro que la el causante pues era totalmente estado civil soltero, no tenía ninguna convivencia con ninguna persona y por lo tanto pues la señora clara Inés no puede ser considerada como beneficiaria, si bien la juez de primera instancia dice que porque nunca hubo una liquidación o un divorcio. Téngase en cuenta que desde el año 2011 ellos no tuvieron ningún tipo de contacto y, por lo tanto, pues no hubo una relación de pareja o una en una ayuda o un apoyo económico.

Téngase en cuenta que la noción de convivencia, según, según la disposición, tiene que ser la convivencia por un lapso no inferior a 5 años, es trasversal y condicionante del surgimiento del derecho a la pensión, tanto del beneficiario, de las compañeras o como de los cónyuges, esto conforme a sentencia desde SL 4925 del 2015 por convivencia ha entendido la Corte que es ella es aquella Comunidad de vida forjada en el crisol del amor, responsable de la ayuda mutua, el efecto es entrañable el apoyo económico, la asistencia solidaria, el acompañamiento espiritual que refleja el propósito de realizar un proyecto de vida en pareja responsable y estable a la par de la convivencia real, efectiva y afectiva durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado, esto conforme a la sentencia SL 11245 del de 1999 y la sentencia SL 316005 del 2000 del 2011.

Téngase en cuenta que esa comunidad o esa unión entre el señor Francisco, el señor Causante y la señora clara y después se rompió desde el año 2011, entonces, por lo tanto, no había una convivencia real efectiva y afectiva y que no existía ningún contacto entre ellos, tal como quedó demostrado con las pruebas documentales, con las pruebas testimoniales con el interrogatorio de la, de la de la señora Clara Inés en el cual manifestó que ella no tenía ni conocía donde vivía el causante, por lo tanto, pues queda claro y demostrado entre el presente asunto que ella tampoco tiene derecho a la pensión de sobrevivencia o a la sustitución pensional, y por lo tanto Honorables magistrados, solicitó se revoque esta condena impuesta a mi representada, ya que pues no hay lugar a reconocerla tan poco como beneficiaria y por lo tanto, y tampoco se pueden beneficiar esta señora cuando desde el 2011 rompieron todo el tiempo lapso de contacto con el causante y por lo tanto, pues no tiene derecho.

Siendo así, solicito honorable magistrado ser la condena impuesta a la a mi representante, téngase en cuenta que hay tanto en el interrogatorio de parte como en los testimonios de la señora del mismo testimonio de la misma señora Clara Inés que ella trajo al proceso pues que ha demostrado que no había ningún tipo de contacto, que se separaron y que pues no, no hay ningún tipo de contacto.

Así mismo, pues téngase en cuenta unos magistrados y en caso de confirmar la sentencia pues en el presente que y no hay lugar a que se imponga ningún tipo de condena accesoria o condenada a adicional a mi representante del presente asunto máximo cuando se tiene en cuenta que dentro del presente proceso se evidencio una en conflicto de beneficiarios y que fue solamente hasta que la juez de primera instancia lo dirimió, en qué se reconocería el derecho a la señora Clara Inés, pero con totalmente este apoderado, presenta una oposición rotunda a este reconocimiento y por lo tanto, se le solicitan los revoque por cuanto dentro del presente proceso, pues no hay siquiera prueba sumaria que acredite que si existió o que si tiene la condición de beneficiario más allá de un registro de matrimonio o más allá de un dicho de que un matrimonio, el cual pues se totalmente téngase en cuenta que después de 2 años, pues la sociedad, pues no existe ningún tipo de contacto y los durante los últimos 5 años el causante con la demandante, pues no tenía ningún tipo de relación, por lo tanto, pues así mismo puede tener presente que el manifestó, el pensionado en este caso, pues en el momento de solicitar la pensión, pues manifestó a otra persona como beneficiaria y que también dentro del presente asunto quedo probado que tampoco tiene la condición de beneficiario por cuanto no acreditó la convivencia con el causante, es decir, ninguna de las dos acredita y tiene la condición de beneficiaria, por lo tanto, no hay lugar a reconocerle a ninguna la pensión de sobrevivencia o la sustitución pensional.

Siendo así, solicito se revoque la condena impuesta a mi representada y aunado a lo anterior, pues no se condene en costas en segunda instancia, teniendo en cuenta, pues, que COLFONDOS siempre con ha actuado de buena y manifiesta fe honorables magistrados, siendo así, dejó sentado mi recurso de apelación, señora juez, muchas gracias."

Constituyeron los anhelos de la demandante BLANCA INÉS RAMÍREZ, las pretensiones que relacionó en la demanda (Archivo 1 expediente digital, página 6), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos consignados en las páginas 4 y 5 del mismo archivo, solicitando se declare ostenta la calidad de compañera permanente del señor FRANCISCO EMILIO FORERO AHUMADA y por ende el derecho para ostentar el 100% de la pensión de sobrevivientes, en consecuencia solicita el reconocimiento y pago de las mesadas retroactivas desde el 17 de julio del 2016, junto con los intereses moratorios, la indexación de los valores adeudados, derechos *ultra y extra petita* y las agencias en derecho y las costas del proceso. **La señora CLARA INES BENAVIDES GONZALEZ tercera *ad excludendum* en su demanda de reconvención (Archivo 7 expediente digital hechos y pretensiones páginas 22 y 23)** solicita se reconozca a su favor la sustitución pensional de manera vitalicia desde el 1° de septiembre del 2016, junto con las mesadas adicionales, incrementos anuales, intereses de mora, derechos *ultra y extra petita,* costas y agencias en derecho.

En sentencia de primera instancia la Juez absolvió de las pretensiones incoadas por la señora BLANCA INES RAMIREZ y accedió al reconocimiento del derecho en favor de CLARA INES BENAVIDES GONZALEZ, lo anterior tras considerar que la primera de ellas solo pudo a lo sumo acreditar una convivencia con el de cujus desde el 23 de agosto del 2012 fecha en que se suscribió una declaración extra proceso con el fallecido, no superando los 5 años exigidos por la Ley, máxime cuando de las pruebas no se pudo establecer una convivencia real y efectiva en data anterior. Respecto de la señora Benavides González expresó la juzgadora, que al ser la conyugue del causante sin existir disolución y liquidación del matrimonio y habiéndose probado que se casaron en 1975 y se separaron en el año 2011, acreditó los 5 años de convivencia en cualquier tiempo, ordenando el pago de la mesada pensional desde el 17 de julio del 2016 en cuantía de 1 SMMLV y un retroactivo a octubre del 2021 de $54’675.016.

Así las cosas, el problema jurídico en esta instancia, en virtud del principio de consonancia, se circunscribe en determinar, en cabeza de quien procede el reconocimiento de la sustitución pensional, esto es, si resulta acreedora la cónyuge o la compañera permanente del señor FRANCISCO EMILIO FORERO AHUMADA (q.e.p.d.) y en este sentido abordará la Sala el estudio respectivo.
Previo a dilucidar el debate planteado, es menester precisar, no es objeto del litigio que el señor FRANCISCO EMILIO FORERO AHUMADA, falleció el **17 de julio**

2016, conforme se señala en el registro civil de defunción visible en el Archivo 1, expediente digital página 17, como tampoco que mediante comunicación del 16 de enero del 2015 BP-R-I-L-14545-01-15 COLFONDOS le reconoció al causante una pensión de vejez con garantía de pensión mínima en cuantía de $644.350 a partir de enero del 2015 (Archivo 1 expediente digital, páginas 23 a 25).

En este orden de ideas, habida cuenta de la fecha de la muerte del causante, la norma que regula la situación planteada corresponde a los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, la cual se encontraba vigente para el 17 de julio de 2016 (fecha del deceso), y que en sus partes pertinentes señalan que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad; señala el literal a) del artículo 47 citado que, en caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por **muerte del pensionado**, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte[3].

Ahora bien, aunque la Corte Suprema de Justicia sostuvo la tesis de que la convivencia mínima requerida para ostentar la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, tanto para cónyuge como para compañero o compañera permanente, según el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993[4], era de 5 años, independientemente de que el causante de la prestación fuera un afiliado o pensionado, tal criterio fue revaluado por esa Corporación en sentencia

---

[3] *Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1094 de 2003.*

[4] ***"ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.*** *<Artículo modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003. 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 (...)

ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. *<Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte[4]; (...)

SL1730 de 2020[5], señalando que la lectura de la precitada disposición (literal a) del art.13 de la L. 100 de 1993) advierte con suma claridad y contundencia que la

---

[5] Lo que discute en casación la censura, es la exégesis dada por el colegiado, al art. 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el art. 13 de la Ley 797 de 2003, respecto al número de años de convivencia exigidos a la compañera permanente de un afiliado al Sistema General de Pensiones, para establecer su calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes.

En relación con el objeto de la controversia, la doctrina reiterada de la Corte, entre otras, en las sentencias CSJ SL 32393, 20 may. 2008, CSJ SL 45600, 22 ag. 2012, CSJ SL793-2013, CSJ SL1402-2015, CSJ SL14068- 2016, CSJ SL347-2019, ha sido enfática en señalar, que la convivencia mínima requerida para ostentar la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, tanto para cónyuge como para compañero o compañera permanente, es de cinco (5) años, independientemente de si el causante de la prestación es un afiliado o un pensionado.

Como consecuencia de la nueva integración de la Sala, se considera oportuno reevaluar la referida posición jurisprudencial, para sentar una nueva doctrina frente a la correcta interpretación de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que se armonice con los fines del Sistema Integral de Seguridad Social en general, y de la pensión de sobrevivientes en particular, así como con las razones que llevaron a establecer el requisito mínimo de convivencia allí previsto, y conforme a ellas, bajo qué presupuesto debía operar.

El Sistema de Seguridad Social Integral propende por la obtención de condiciones de vida dignas, mediante la protección de las contingencias que afectan a las personas y a la comunidad. En armonía con lo dispuesto en el art. 48 de la Constitución Política, la seguridad social es un servicio público obligatorio, que se presta en los términos y condiciones previstas en la ley, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; de ella, hace parte el Sistema General de Pensiones, instituido con la finalidad específica de amparar de las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte.

Tal como lo recordó el Tribunal, para definir el contenido constitucional del derecho a la pensión de sobrevivientes, la Corte Constitucional ha desarrollado una serie de principios, condensados en la sentencia CC C-1035-2008, así:

1. Principio de estabilidad económica y social para los allegados del causante: Desde esta perspectiva, ha dicho la Corte que "la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para su beneficiario, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del pensionado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlo a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria"

2. Principio de reciprocidad y solidaridad entre el causante y sus allegados: En el mismo sentido, la Corte ha concluido que la sustitución pensional busca impedir que sobrevenida la muerte de uno de los miembros de la pareja, el otro se vea obligado a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales, por lo cual "el factor determinante para establecer qué persona tiene derecho a la sustitución pensional en casos de conflicto entre el cónyuge supérstite y la compañera o compañero permanente es el compromiso de apoyo afectivo y de comprensión mutua existente entre la pareja al momento de la muerte de uno de sus integrantes[1]"

3. Principio material para la definición del beneficiario: En la sentencia C-389 de 1996

"(...) la legislación colombiana acoge un criterio material -esto es la convivencia efectiva al momento de la muerte- como elemento central para determinar quien (sic) es el beneficiario de la sustitución pensional, por lo cual no resulta congruente con esa institución que quien haya procreado uno o más hijos con el pensionado pueda desplazar en el derecho a la sustitución pensional a quien efectivamente convivía con el fallecido"

Por otra parte, al analizar la constitucionalidad del aparte de la disposición que ocupa la atención de la Sala, en la sentencia CC C-1094-2003, la referida Corporación señaló:

2.3. Requisitos y beneficiarios de la pensión de sobrevivientes

Esta Corporación se ha pronunciado acerca de la finalidad y legitimidad de los requisitos de índole temporal o personal que señale el legislador para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. Según lo expuesto en la sentencia C-1176 de 2001, ***es razonable suponer que las exigencias consignadas en los artículos demandados buscan la protección de los intereses de los miembros del grupo familiar del pensionado que fallece, ante la posible reclamación ilegítima de la pensión por parte de individuos que no tendrían derecho***

***a recibirla con justicia**. Igualmente suponer que el señalamiento de exigencias **pretende favorecer económicamente a matrimonios y uniones permanentes de hecho que han demostrado un compromiso de vida real y con vocación de permanencia**; también se **ampara el patrimonio del pensionado, de eventuales maniobras fraudulentas realizadas por personas que sólo persiguen un beneficio económico con la sustitución pensional**. Por esto, dijo la Corte, **con el establecimiento de tales requisitos se busca desestimular la ejecución de conductas que pudieran dirigirse a obtener ese beneficio económico, de manera artificial e injustificada**.*

La jurisprudencia constitucional ha resaltado también que el artículo 48 de la Constitución otorga un amplio margen de decisión al legislador para configurar el régimen de la seguridad social.

En ejercicio de esta atribución y de acuerdo con las disposiciones demandadas, las cuales guardan una estrecha relación material entre sí, el legislador distingue entre requisitos exigidos en relación con las condiciones de causante al momento de su fallecimiento (art. 12) y calidades de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes (art. 13).

[…]

2.5. Constitucionalidad del artículo 13 de la Ley 797

Los literales a) y b) del artículo 13 en referencia consagran las condiciones para que el cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite sea beneficiario de la pensión de sobrevivientes. De ellas, los accionantes impugnan tres aspectos en particular: i) el requisito de convivencia con el fallecido por no menos de 5 años continuos con anterioridad a su muerte; ii) el reconocimiento en forma vitalicia o en forma temporal del derecho a la pensión de sobrevivientes, en consideración a la edad del cónyuge o compañero supérstite; y iii) el reconocimiento en forma vitalicia o en forma temporal del derecho a la pensión de sobrevivientes, en consideración al hecho de haber tenido hijos o no con el causante.

Como se indicó, el legislador, de acuerdo con el ordenamiento constitucional, dispone de una amplia libertad de configuración frente a la pensión de sobrevivientes. Además, según lo tiene establecido esta Corporación, el señalamiento de exigencias de índole personal o temporal para que el cónyuge o compañero permanente del causante tengan acceso a la pensión de sobrevivientes "constituye una garantía de legitimidad y justicia en el otorgamiento de dicha prestación que favorece a los demás miembros del grupo familiar".

*En relación con los cargos formulados, la Corte encuentra que, en principio, la norma persigue una finalidad legítima al fijar requisitos a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo cual no atenta contra los fines y principios del sistema. **En primer lugar, el régimen de convivencia por 5 años sólo se fija para el caso de los pensionados y, como ya se indicó, con este tipo de disposiciones lo que se pretende es evitar las convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes**.*

Además, según el desarrollo de la institución dado por el Congreso de la República, la pensión de sobrevivientes es asignada, en las condiciones que fija la ley, a diferentes beneficiarios (hijos, padres y hermanos inválidos). Por ello, al establecer este tipo de exigencias frente a la duración de la convivencia, la norma protege a otros posibles beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo cual está circunscrito dentro del ámbito de competencia del legislador al regular el derecho a la seguridad social. (Subraya y negrilla fuera de texto)

Para la Sala, dada la nueva revisión del alcance de la norma acusada, las anteriores consideraciones deben permanecer incólumes, ante lo expuesto por la misma Corte Constitucional en la sentencia CC C-336-2014, aducida por la censura, en la que tangencialmente equiparó el requisito de convivencia mínima, en el caso de afiliado y pensionado, y acto seguido citó la sentencia CC C-1176-2001 y la anteriormente referida, en cuanto al límite temporal exigido a los beneficiarios del pensionado y su legítimo fin; empero, el análisis de constitucionalidad efectuado se encontraba dirigido en esa oportunidad, a otros supuestos contenidos en la norma, esto es, el aparte final del último inciso del literal b) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, por lo que no tiene la virtualidad de modificar lo considerado en la sentencia CC C-1094-2003, además de no constituir el objeto de este recurso.

Y es que, de la redacción del precepto legal, se itera, el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, se advierte con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida, se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado; una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que, no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador en la norma acusada, así:

Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

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

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

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

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

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

Lo anterior comporta también que, contrario a lo considerado por el Tribunal, para efectos de la aplicación de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, no hay lugar a efectuar ninguna distinción entre beneficiarios de un mismo tipo de causante, para el caso un afiliado, esto es, según la forma en la que se constituya el núcleo familiar, si lo es por vínculos jurídicos o naturales, en tanto éste, es decir, el núcleo familiar, es lo que protege el Sistema General de Seguridad Social. Así lo recordó la Corte Constitucional, en el análisis de constitucionalidad efectuado al art. 163 de la Ley 100 de 1993, antes de ser modificado por el art. 218 de la Ley 1753 de 2015, en la sentencia CC C-521-2007, que en torno al concepto de familia y su protección sin discriminación, en consideraciones que se avienen al Sistema Pensional, precisó:

Además de ser denominada constitucionalmente como el núcleo fundamental de la sociedad (C.Po. art. 42), la familia ha sido definida por la Corte Constitucional como "Aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos". De su parte, el artículo 5º. de la Carta Política establece que el Estado ampara a la familia como institución básica de la sociedad, mientras el inciso segundo del artículo 42 superior prevé que el Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia.

La jurisprudencia ha señalado el marco constitucional de protección para la familia en los siguientes términos:

"(…) en nuestro país el régimen constitucional de la familia quedó definido: (i) en el artículo 5° de la Carta, que eleva a la categoría de principio fundamental del Estado la protección de la familia como institución básica de la sociedad; (ii) en el artículo 13, en cuanto dispone que todas las personas nacen libres e iguales y que el origen familiar no puede ser factor de discriminación; (iii) en el artículo 15, al reconocer el derecho de las personas a su intimidad familiar e imponerle al Estado el deber de respetarlo y hacerlo respetar; (iv) en el artículo 28, que garantiza el derecho de la familia a no ser molestada, salvo que medie mandamiento

escrito de autoridad competente con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley; (v) en el artículo 33, en cuanto consagra la garantía fundamental de la no incriminación familiar, al señalar que nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil; (vi) en el artículo 43, al imponerle al Estado la obligación de apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia; (vii) en el artículo 44, que eleva a la categoría de derecho fundamental de los niños el tener una familia y no ser separado de ella; y (viii) en el artículo 45, en la medida en que reconoce a los adolescentes el derecho a la protección y a la formación integral"

4. Competencia del legislador para regular el servicio de seguridad social

4.1. Atendiendo a lo dispuesto en los artículos 48, 49, 53 y 150 de la Constitución Política, el Congreso de la República cuenta con atribuciones amplias para configurar el sistema normativo a partir del cual se presta el servicio público de seguridad social. Por tratarse de una actividad que implica atención para el bienestar de la comunidad en materia de salud, con eventuales contingencias para la vida de los asociados, el constituyente quiso que la relación entre las instituciones prestadoras del servicio y los usuarios del mismo, fuera gobernada mediante un sistema legal específico en el cual la voluntad de los contratantes juega un rol secundario frente a las decisiones del legislador, siempre y cuando éstas sean conformes con lo dispuesto en la Carta Política.

Además de servicio público, la seguridad social en salud es un derecho de carácter prestacional consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, concebido como mandato dirigido al Estado Social de Derecho, para ensamblar un sistema conformado por entidades y procedimientos encaminados a ofrecer una cobertura general ante las contingencias que puedan afectar la salud de las personas. Según el constituyente, este derecho ha de ser garantizado con sujeción a los principios de eficiencia, continuidad, universalidad, buena fe y solidaridad, para la prevención, promoción y protección de la salud y el mejoramiento de la calidad de vida de los asociados.

4.2. El marco jurídico diseñado por el constituyente permite al legislador configurar el sistema de seguridad social en salud, dentro de los límites propios del Estado Social de Derecho y de conformidad con los principios, derechos y garantías establecidos en la Constitución Política. Precisamente, el Estatuto Superior consagró una protección igual para las uniones familiares constituidas por vínculos naturales y jurídicos, como también para las conformadas por la decisión libre de contraer matrimonio o la voluntad responsable de conformarla.

[...]

4.8. Para la Sala, la exigencia de convivir durante un lapso superior a dos años para lograr afiliar como beneficiario del Plan Obligatorio de Salud al compañero (a) permanente, quebranta los derechos a la igualdad, seguridad social, salud, vida, libre desarrollo de la personalidad y protección integral de la familia, por cuanto el constituyente consagró una protección igual para las uniones familiares constituidas por vínculos naturales o jurídicos, como también para las conformadas por la decisión libre de contraer matrimonio o la voluntad responsable de conformarlas.

Desde una perspectiva constitucional no existe una justificación objetiva y razonable para otorgarle un trato distinto al cónyuge a quien no se le impone la obligación de cumplir un determinado período de convivencia con el afiliado, mientras que el compañero (a) no puede ser afiliado al POS si la unión permanente es inferior a dos años. Sobre esta materia es pertinente recordar el texto del artículo 42 de la Carta Política, según el cual:

[...]

4.10. La diferencia de trato entre el cónyuge del afiliado y el compañero (a) permanente del afiliado a quien se impone la obligación de convivir durante un período mínimo de dos años para acceder a las mismas prestaciones, no está justificada bajo parámetros objetivos y razonables, por cuanto se impone a éste último la carga de permanecer durante dos años sin los beneficios propios del Plan Obligatorio de Salud, brindándole como explicación que se trata de un lapso efímero durante el cual podría afiliarse como trabajador independiente al régimen contributivo o al régimen subsidiado, o acceder a los servicios en calidad de vinculado.

Similares consideraciones podrían hacerse respecto del cónyuge a quien la norma ampara como beneficiario a partir del matrimonio; sin embargo, la disposición, contrariando lo dispuesto en el artículo 13 superior, ordena darle al compañero (a) permanente un trato discriminatorio al imponerle una carga desproporcionada, en cuanto a pesar de estar conformando una familia lo obliga a permanecer durante dos años por fuera del ámbito de cobertura señalado en el artículo 163 de la ley 100 de 1993.

exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por **muerte del pensionado**, enfatizando, "*una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador".*

Precisándose respecto del tiempo de convivencia que debe acreditar la cónyuge supérstite, la Corte Suprema de Justicia, ya ha tenido oportunidad de aclarar el tema, señalando que los cinco (5) años que habla la norma para el cónyuge que

---

[...]

Mientras el artículo 2º. de la ley 54 de 1990 regula el régimen económico de las uniones maritales de hecho, el artículo 163 de la ley 100 de 1993 se aplica a la cobertura familiar en el Plan Obligatorio de Salud; es decir, una y otra disposición son ontológicamente diferentes, la primera aplicable a las consecuencias económicas derivadas de la unión marital de hecho, al paso que la segunda está relacionada con la protección integral de la familia en cuanto a la prestación del servicio de seguridad social en salud se refiere, materia ésta que vincula la protección eficaz de los derechos fundamentales a la vida en condiciones en dignas y a no ser discriminado en razón del origen familiar.

Por esta razón, desde una perspectiva constitucional el término de dos años previsto en el artículo 2º. de la ley 54 de 1990 y el de dos años establecido en el artículo 163 de la ley 100 de 1993, no pueden ser considerados como similares ni mucho menos homologables, pues uno y otro atienden a un origen y a unos propósitos sustancialmente distintos.

En cuanto a lo dispuesto en el art. 10 del Decreto 1889 de 1994, que prevé que se considera compañera o compañero permanente para efectos de la pensión de sobrevivientes causada por la muerte de un afiliado, la última persona que haya hecho vida marital con aquel durante un lapso no inferior a dos (2) años, otrora se consideró por la Sala había perdido fuerza con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, por ser de mayor jerarquía y prevalecer sobre el aludido decreto (CSJ SL1402-2015), y posteriormente, que no resultaba aplicable por cuanto reglamentó parcialmente la Ley 100 de 1993, en su versión primigenia, no así la Ley 797 de 2003 (CSJ SL347-2019). En esta oportunidad, recoge esta última tesis la Sala, para precisar que el Decreto 1889 de 1994 reglamentó parcialmente las normas del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, por lo que cobijaba las modificaciones a las mismas, siempre que no resultara contrario a ellas.

Empero, como el decreto reglamentario no puede ir más allá de lo dispuesto en la ley, imponiendo requisitos que superen lo legalmente establecido, como lo hizo en su artículo 10, que no está por demás indicar fue subrogado por el artículo 2.2.8.2.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, se considera que, para determinar quién ostenta la calidad de compañero o compañera permanente de un afiliado, a efectos de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, debe acudirse a la noción constitucional de familia, en la forma en la que ha sido ampliamente analizada por la Corte Constitucional, entre otras, en la providencia citada.

Con lo anterior, la Sala fija el verdadero alcance de la disposición acusada, a la luz del precepto constitucional de favorabilidad, in dubio pro operario, esto es, que la convivencia mínima de cinco (5) años, en el supuesto previsto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, solo es exigible en caso de muerte del pensionado.

Por último, se precisa que, aunque aparentemente la diferenciación implícita en la disposición analizada surge discriminatoria, a la luz de lo dispuesto en el art. 13 de la CN ello no puede entenderse así, por cuanto la igualdad solo puede predicarse entre iguales, debiendo justamente establecerse para salvaguardar ese principio, la diferencia de trato entre desiguales.

En este caso, el elemento diferenciador lo constituye la condición en la que se encuentra el asegurado causante de la prestación, de un lado, el afiliado que está sufragando el seguro para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, que no tiene un derecho pensional consolidado, pero se encuentra en construcción del mismo, y para dejar causada la pensión de sobrevivientes requiere el cumplimiento de una densidad mínima de cotizaciones prevista en la ley.

va a recibir una cuota parte, puede ser cumplida en "*cualquier tiempo*" (ver sentencia SL 12442 proferida dentro de la radicación No. 47173 del 15 de septiembre de 2015[6]).

---

[6] *"Así las cosas, la discusión jurídica en el sub lite gira en torno a determinar si a la luz del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, el cónyuge separado de hecho que ha mantenido vigente el vínculo matrimonial tiene la condición de beneficiario y puede aspirar a la pensión de sobrevivientes así no demuestre convivencia al momento de la muerte, ni en los 5 años inmediatamente anteriores a su ocurrencia.*

1.- Al respecto se ha de precisar que la jurisprudencia de esta Sala venía exigiendo tanto al cónyuge como al compañero (a) permanente demostrar convivencia al momento de la muerte, y en los dos años anteriores a ésta en vigencia del artículo 47 original de la Ley 100 de 1993 (salvo cuando en ese lapso hubieren procreado hijos comunes, que suple el requisito de convivencia de los dos años anteriores, pero no al momento de la muerte), y en los cinco años precedentes al fallecimiento cuando el deceso hubiere ocurrido estando en vigor el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 que modificó el anterior, y sin que se hiciera diferencia de si se trataba de la muerte de un afiliado o de un pensionado. (Sentencia CSJ SL, 20 may. 2008, rad. 32393). BSin embargo, la anterior postura fue variada en relación con el (la) cónyuge a partir de la sentencia CSJ SL, 20 nov. 2011, rad. 40055, donde en un nuevo examen del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, aplicable al sub lite, esta Corporación precisó que dicho requisito no podía exigirse en casos de convivencia no simultánea entre el afiliado o pensionado con un cónyuge supérstite del que estaba separado de hecho, y un compañero (a) permanente, pues el inciso tercero del artículo 13 en comento, le confirió también «la condición de beneficiario al cónyuge separado de hecho que conserve vigente el vínculo matrimonial, quien tendrá derecho a la pensión en proporción al tiempo de convivencia con el de cujus», siempre y cuando demuestre que hubo convivencia mínimo por un término de cinco (5) años en cualquier tiempo.

Más tarde, en la sentencia CSJ SL, 24 ene. 2012, rad. 41637, la Sala amplió la interpretación de ese mismo inciso tercero del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, y estimó que para efectos de que el cónyuge separado de hecho pudiera acceder como beneficiario a la pensión de sobrevivientes, no era menester la presencia de una compañera (o) permanente con convivencia no simultánea, pues dicha exigencia no resultaba proporcional ni justificada de cara a los principios y objetivos de la seguridad social, y no realizaba la protección al vínculo matrimonial que el legislador incorporó en dicha reforma, por lo que en esos eventos la esposa o esposo podía reclamar la prestación a condición de demostrar que hizo vida marital con el de cujus durante un término no inferior a cinco (5) años en cualquier tiempo.

(…)

Por último, en fallo CSJ SL, 13 mar. 2012, rad. 45038, se estableció por parte de esta Corporación, siempre en interpretación del inciso tercero del artículo 13 objeto de estudio, que la prestación de supervivencia no podía ser negada al (a la) cónyuge con vínculo matrimonial indemne, por la circunstancia de no tener sociedad conyugal vigente, porque la voluntad del legislador fue proteger la «unión conyugal» y el artículo 42 de la Constitución Política señala que «los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil». La protección debe otorgarse eso sí, mientras se demuestre vida en común entre los esposos por un lapso no inferior a cinco (5) años en cualquier tiempo. (…)

2.- Precisado lo anterior, es menester señalar que la labor del juez no se reduce a la simple aplicación mecánica de la ley, sino que en su función trascendente subyace el imperativo de hacer efectivo el bien jurídico protegido, que no se realizaría si se acogiera una interpretación exegética del inciso 3º del literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993. Una lectura sistemática atendiendo la teleología del precepto conduce a su armonización con lo previsto en el artículo 46 ibídem, en el sentido que para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes se exige ser miembro del grupo familiar del pensionado o afiliado que fallezca. En otras palabras, el amparo se concibe en la medida en que quien reivindica el derecho merezca esa protección, en cuanto forma parte de la familia del causante en la dimensión en que ha sido entendida por la jurisprudencia de la Sala, referida en el caso de los cónyuges, a quienes han mantenido vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo -elemento esencial del matrimonio según el artículo 113 del C.C.- entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico, aún en casos de separación y rompimiento de la convivencia (CSJ SL, 10 de may. 2005, rad. nº 24445.) (…)

Una comprensión distinta orientada por la aplicación fría y exegética del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, que en el caso del cónyuge separado de hecho, por la sola existencia del lazo matrimonial, sin la presencia de ese vínculo dinámico y actuante de solidaridad y acompañamiento espiritual o económico, aún en la separación, permitiera el beneficio de la prestación periódica por muerte, dejaría vacía de contenido la protección de la familia que la ley verdaderamente quiere amparar. En esa medida aquel cónyuge a quien se le dispense el derecho a pesar de haber cesado la vida en común con el causante al momento del fallecimiento, además de la convivencia por un lapso no inferior a 5 años en cualquier tiempo, deberá

Bajo tal entendido, para que proceda el reconocimiento pensional dentro del presente asunto donde el fallecido es un pensionado, se requiere, en el caso de la compañera permanente acreditar que convivió con el causante en los últimos 5 años anteriores al deceso y para la cónyuge 5 años en cualquier tiempo.

En ese orden, en primer lugar, se tiene que la señora BLANCA INES RAMIREZ nació el 1° de julio de 1964 (*cedula de ciudadanía página 4 archivo 1 expediente digital*), por lo que a la fecha de fallecimiento del causante (17/07/2016) contaba con 51 años de edad, acreditando así el primero de los requisitos, por su parte la señora CLARA INES BENAVIDES GONZALEZ nació el 26 de abril de 1995 (*cedula de ciudadanía página 20 archivo 6 expediente digital*) contando con 61 años de edad para la data del óbito, igualmente y frente a ésta reclamante se encuentra el acta de matrimonio con el de cujus de fecha 6 de diciembre de 1975 (archivo 6 expediente digital página 7), con la cual se acredita su calidad de cónyuge.

Así las cosas, para resolver en primer lugar las inconformidades presentadas por la promotora del recurso, señora BLANCA INÉS RAMIREZ, consistentes en que la convivencia con el pensionado fallecido se encuentra acreditada, procede la Sala con el análisis del acervo probatorio vertido en autos, así:

Se absolvió su interrogatorio de parte (Audio archivo 10 record: 14:10) quien refirió que conoció al causante en el año 2009 en un lavadero de carros ubicado dentro de una estación de gasolina, estableciendo una relación sentimental en junio o julio del año 2010 época en cual también inició su convivencia hasta el 17 de julio del 2016 (fecha del deceso), manifestando que vivieron en arriendo en diferentes lugares ubicados en Funza-Cundinamarca y que tuvo una separación con el fallecido por 3 meses (sin referir la época).

---

demostrar que se hace acreedor a la protección, en cuanto efectivamente hace parte de la familia del pensionado o afiliado fallecido, y por esa razón su muerte le ha generado esa carencia económica, moral o afectiva, que es la que busca atender la seguridad social y que justifica su intervención. No se trata de excluir el amparo bajo el concepto de cónyuge culpable, sino que quien lo reclama debe hacerse acreedor a él, pues la protección de la seguridad social en la medida en que ambos regímenes tanto el de prima media como el de ahorro individual, implican un esfuerzo colectivo y solidario, debe acoger al verdadero titular, porque de lo contrario se generaría inequidad, cuando frente al bien jurídico protegido el reclamante resulte ajeno a él. (...)"

Igualmente se recibieron los testimonios de MARIA EMILCE ORTIZ[7], TOMAS RODRIGUEZ BARBOSA[8], LUZ HELENA TRIANA PINEDA[9], JAIRO RODRIGO FORERO BENAVIDES[10] y CLARA ROCIO FORERO BENAVIDES[11].

La primera de ellas amiga de la señora Blanca Inés Ramírez expuso haber conocido al señor Forero Ahumada (q.e.p.d.) por ser la pareja sentimental de su amiga, afirmando que ellos vivieron juntos desde el año 2010 por cuanto ella fue quien les arrendo una habitación en el inmueble donde la testigo habitaba, por lo que asegura siempre estuvieron juntos hasta la fecha de la muerte del pensionado.

El señor Rodríguez Barbosa, conoció al de cujus porque era su trabajador en el lavadero de carros de su propiedad ubicado en Funza, comentando que el fallecido ingreso a laborar allí en junio o julio del 2011 y hasta el año 2012; como también trabajó con él la señora Blanca Inés Ramírez por 2 o 3 meses a finales del año 2011, pues Francisco Emilio y Blanca Inés iniciaron una relación sentimental y tuvo que terminar el contrato con la señora Blanca Inés Ramírez; asegurando si bien eran novios, no vivían juntos pues el mismo testigo llevaba a la casa al de cujus todos los días durante la época del contrato, donde el fallecido vivía era con su hija Rocio.

Luz Helena Triana Pineda amiga de la señora Blanca Inés Ramírez desde hace 20 años, señaló que conoció al señor Francisco Emilio como su pareja en el año 2009-2010 en Funza – Cundinamarca, expresando que desde esa data y hasta el 2016 siempre vivieron juntos, pues cuando la deponente visitaba a su amiga estaba con el de cujus, señalando haber compartido con la pareja celebraciones de cumpleaños y navidad.

Finalmente, Jairo Rodrigo y Clara Rocio Forero Benavidez hijos del causante y de la señora Clara Inés Benavides González adujeron que sus padres vivieron juntos hasta marzo o abril del 2011 en el municipio de Tenjo – Cundinamarca, data para la cual la mamá de los testigos se separó del de cujus y se fue a cuidar del abuelo de los deponentes. Señalaron que el de cujus continúo viviendo una época en Tenjo y luego se trasladó a Funza a la casa de Clara Rocio (hija) con quien

[7] Audio archivo 12 expediente digital, record: 8:25
[8]Audio archivo 12 expediente digital, record: 47:17
[9] Audio archivo 12 expediente digital, record: 54:56
[10] Audio archivo 12 expediente digital, record: 1:11:05
[11] Audio archivo 12 expediente digital, record: 1:19:34

convivio hasta el año 2015, indicó esta testigo que su papá era el novio de la señora Blanca Inés Ramírez desde finales del año 2011 porque se conocieron en un lavadero de carros iniciando su convivencia solo hasta el año 2015 cuando el hijo de la señora Ramírez tomó un apartamento en arriendo y le arrendó al causante una habitación.

Del mismo modo se recepcionó el interrogatorio de parte de CLARA INÉS BENAVIDES GONZALEZ (Audio archivo 10 record: 25:10) quien comentó que se casó con el causante el 6 de diciembre de 1975 conviviendo con éste hasta el año 2011 en una casa ubicada en el municipio de Tenjo, aduciendo no saber que éste tenía una relación sentimental con Blanca Inés Ramírez, como tampoco saber en dónde vivía para el momento de su muerte.

Ahora bien, dentro del expediente se incorporó una declaración juramentada del causante y de la demandante de fecha 23 de agosto del 2012 (Archivo 1 expediente digital, pagina 31), en donde declaran "*Que nuestro estado civil es el de COMPAÑEROS PERMANENTES desde HACE TRES AÑOS, de cuya unión en la actualidad NO existen hijos, QUE A LA FECHA DE LA PRESENTE DECLARACIÓN NUESTRA CONVIVENCIA SE ENCUENTRA VIGENTE COMO PAREJA, DONDE COMPARTIMOS LECHO, TECHO Y MESA".*

Así las cosas, conforme lo reseñado y una vez analizadas en conjunto las pruebas bajo las reglas de la sana critica, pues recuérdese que la decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador (artículo 61 del C.P.L.) sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables, advierte la Sala que los dichos de los testigos MARIA EMILCE ORTIZ y LUZ HELENA TRIANA PINEDA no generan certeza acerca de la convivencia real y efectiva exigida por Ley para el reconocimiento de la prestación pensional a favor de la señora BLANCA INES RAMÍREZ, nótese que nada refirieron respecto de situaciones que den lugar a entender que la accionante y el pensionado tenían un proyecto de vida como pareja, forjado en el apoyo y socorro mutuos, razones por las cuales es claro que los dichos de estos testigos en nada aportan al esclarecimiento del objeto del litigio, pues se limitaron a expresar que siempre los veían juntos, pero no describieron circunstancias de tiempo, modo y lugar que den lugar a entender cómo se desarrolló la citada convivencia de la pareja, incluso el señor Tomás Rodríguez Barbosa jefe del causante durante el año 2011 y 2012 adujo que para esa época el de cujus vivía era con su hija pues él era quien lo llevaba todos los

días a su casa, desconociendo la convivencia con la señora Ramírez afirmando que únicamente tenían una relación de noviazgo.

Ahora y si bien se deben tener en cuenta las declaraciones dadas por el de cujus ante Notario Público el 23 de agosto del 2012 (Archivo 1 expediente digital página 31), lo cierto es que atendiendo las propias afirmaciones del fallecido tan solo se acreditaría una convivencia hasta esa data y por espacio de 3 años, desconociendo ésta Corporación lo sucedido del 24 de agosto de esa anualidad hasta el 16 de julio del 2016 fecha en que el declarante falleció, no probándose así la convivencia continua e ininterrumpida por lo menos del 2011 al 2016 (5 años anteriores al deceso del pensionado).

Llamando incluso la atención a esta Sala de decisión que en tal declaración haya manifestado el de cujus que su convivencia inicio en el 2009, cuando sus hijos y cónyuge comentaron en sus declaraciones que éste convivio con su esposa hasta el 2011 en el municipio de Tenjo, no existiendo en el plenario otra prueba adicional que corrobore que en efecto por lo menos la pareja de compañeros convivió desde el año 2011, téngase en cuenta nada más que conforme lo dicho por el propietario del lavadero de carros donde laboró el causante, éste conoció a la señora Blanca Inés Ramírez solo hasta finales del 2011 momento en el cual inició la relación sentimental, razón por la cual no podría establecer ésta Sala de decisión que la convivencia inició desde el año 2009 como lo refiere ésta demandante en su declaración de parte, pues existen serias contradicciones frente a dicha data.

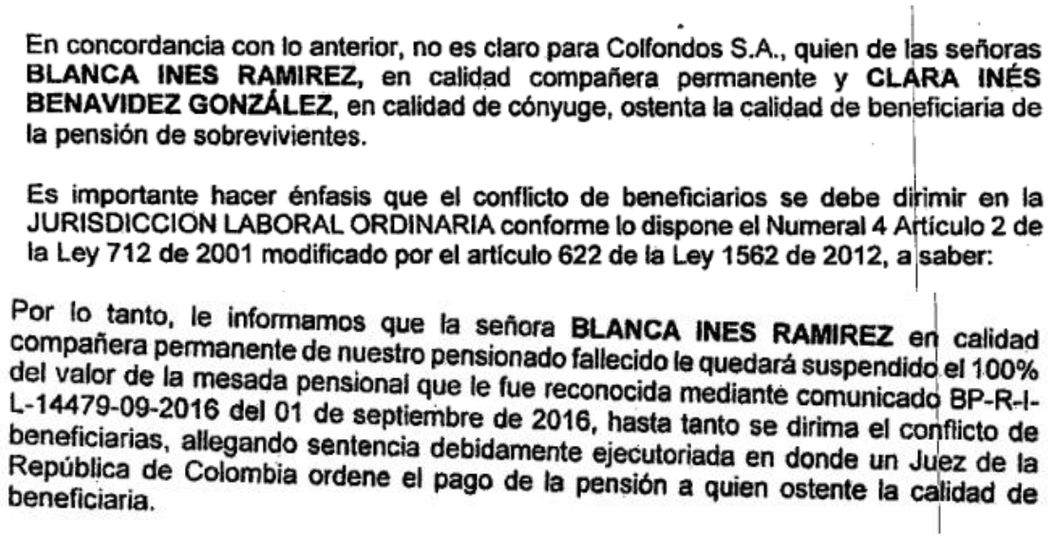
Advirtiendo la Sala en este punto, se debe demostrar la intención de la pareja de la continuidad del vínculo, con apoyo moral, material y efectivo y un acompañamiento espiritual permanente, lo cual en autos no se acreditó pues se itera ni tan siquiera se logró probar la existencia de un proyecto de vida en común durante los años 2011 a 2016.

Recuérdese que conforme lo ha establecido la Honorable Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia SL1399, Radicación No. 45779 del 25 de abril del 2018 la convivencia es "*aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del*

afiliado o del pensionado", precisando la misma Corporación que "*la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común"* **excluyendo de ésta** *"encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso* ***las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida***.", situación que ocurrió en autos pues a pesar que de la demandante pudo haber acompañado al pensionado fallecido desde el 2011 que se conocieron hasta su deceso no se probó una verdadera comunidad de vida.

Conforme a todo lo anterior, para esta Sala de decisión, en autos no hay certeza de que la convivencia entre la demandante BLANCA INÉS RAMÍREZ y el causante se haya dado dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento de aquel (2011-2016), precisándose si bien el de cujus pudo tener una relación sentimental con la demandante no tuvo el ánimo de crear una comunidad de vida con ella dirigida a un destino común, pues nada de ello se pudo acreditar en autos, confirmándose en este punto la decisión de la Juez de primer grado.

Por otro lado, y en relación con la apelación de COLFONDOS ante el reconocimiento pensional a favor de la señora CLARA INÉS BENAVIDES GONZALEZ, baste con señalar ésta Corporación si bien se acredita su calidad de cónyuge, contrario a lo considerado por la Juez *a quo* en autos no logró demostrar que hizo vida en común con el causante por lo menos durante 5 años **en cualquier tiempo, esto es, para el periodo de 1965 (año del matrimonio) al 2011,** ni tan siquiera se pudo evidenciar la forma en que se dio dicha comunidad de vida en tanto los testigos que incluso son sus propios hijos, tan solo refirieron que vivieron juntos hasta el año 2011 sin narrar situaciones concretas sobre ello, ni como se dio esa convivencia, aspecto debatido por Colfondos en el recurso de apelación atendiendo una interpretación general del mismo, por cuanto previo al proceso COLFONDOS lo único que hizo al responder acerca de las peticiones de la compañera y de la cónyuge fue estimar que tal conflicto lo debería asumir la jurisdicción ordinaria laboral.



En concordancia con lo anterior, no es claro para Colfondos S.A., quien de las señoras **BLANCA INES RAMIREZ,** en calidad compañera permanente y **CLARA INÉS BENAVIDEZ GONZÁLEZ**, en calidad de cónyuge, ostenta la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes.

Es importante hacer énfasis que el conflicto de beneficiarios se debe dirimir en la JURISDICCION LABORAL ORDINARIA conforme lo dispone el Numeral 4 Artículo 2 de la Ley 712 de 2001 modificado por el artículo 622 de la Ley 1562 de 2012, a saber:

Por lo tanto, le informamos que la señora **BLANCA INES RAMIREZ** en calidad compañera permanente de nuestro pensionado fallecido le quedará suspendido el 100% del valor de la mesada pensional que le fue reconocida mediante comunicado BP-R-I-L-14479-09-2016 del 01 de septiembre de 2016, hasta tanto se dirima el conflicto de beneficiarias, allegando sentencia debidamente ejecutoriada en donde un Juez de la República de Colombia ordene el pago de la pensión a quien ostente la calidad de beneficiaria.

Reiterando la Sala en este punto, se debe demostrar la intención de la pareja de la continuidad del vínculo, con apoyo moral, material y efectivo y un acompañamiento espiritual permanente, lo cual en autos no se acreditó pues se itera ni tan siquiera se logró probar la existencia de un proyecto de vida en común, no pudiendo derivarse dicha circunstancia únicamente por virtud del matrimonio, advirtiéndose si bien se privilegia el derecho de la cónyuge a recibir la pensión de sobrevivientes, este derecho surge siempre y cuando se pruebe una convivencia real y efectiva durante el lapso legal de cinco años, en cualquier tiempo, periodo que, como ya se dijo, en este asunto, no se encuentra acreditado con las precarias pruebas aportadas que se contrajeron a las testimoniales.

De esta manera, como ya se señaló se concluye la orfandad probatoria por parte de las promotoras del litigio dirigidas acreditar los 5 años de convivencia con el causante durante la época en que perduró el matrimonio de la señora CLARA INES BENAVIDES GONZALES y tampoco 5 años antes del fallecimiento de FRANCISCO EMILIO FORERO en relación con BLANCA INES RAMIREZ, no encontrándose demostrado por tanto el supuesto de hecho sobre el cual se fundan sus pretensiones, destacando en los términos del artículo 167 del C.G.P., es carga de quien alega un hecho acreditar sus afirmaciones y en el caso sub-lite, quien tenía interés jurídico en que resulten probadas sus afirmaciones era la parte actora, la cual quedó expuesta a lo que Carnelutti llama "EL RIESGO DE FALTA DE LA PRUEBA", sufriendo entonces, la consecuencia desfavorable de la "*falta de la prueba*".

Así las cosas, como se ha venido anunciando a lo largo de esta providencia, para la Sala no se acreditó el requisito de la convivencia exigido por la normatividad

aplicable y en ese orden se debe proceder a la revocatoria de la sentencia para en su lugar ABSOLVER a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Sin **COSTAS** en esta instancia.

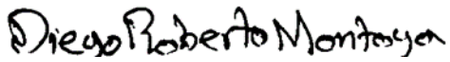
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida en primera instancia para en su lugar **ABSOLVER** a **COLFONDOS,** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la señora **CLARA INES BENAVIDES GONZALEZ.**

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR AMPARO DEL ROSARIO ALVAREZ GARCIA CONTRA INVERSORA SANTANDEREANA ARDILA Y BAGOS CITA LTDA –INVERSAN- y solidariamente contra LUIS HUMBERTO ARDILA BLANCO y ELSA LUCIA BAGOS BLANCO (RAD. 26 2019 00222 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la parte demandada mediante correo electrónico del 27 de enero del 2022, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, en virtud del grado jurisdiccional de Consulta en favor de la parte actora, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 19 de octubre del 2021 (*audio archivo 5, expediente digital*), en la que se resolvió *(Record: 1:30:11)*:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** que entre la señora AMPARO ROSARIO ÁLVAREZ GARCÍA y la empresa INVERSORAS SANTANDEREANA ARDILA Y BAGOS COMPAÑÍA, existió un contrato de trabajo vigente desde el 1 de enero de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2017, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR** probada la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***TERCERO: ABSOLVER** a los demandados de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

> ***CUARTO: CONDENAR*** *en costas de esta instancia a la parte demandante. Fijándose como agencias en derecho la suma de $800.000 pesos.”*

La ausencia de apelación contra la providencia anterior justifica la presencia de las diligencias en esta Corporación, a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante, a lo cual se procede previa la constatación de inexistencia causal de nulidad que invalide lo actuado y conforme las siguientes

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante AMPARO DEL ROSARIO ÁLVAREZ GARCÍA en éste ordinario, las pretensiones relacionadas en las páginas 9 a 13 (Archivo 1 expediente digital), las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados en las páginas 5 a 9 (ibídem), aspirando principalmente se declare que existió un contrato de trabajo entre el 9 de septiembre del 2009 y el 31 de diciembre del 2017 y que las personas naturales demandadas en condición de socios son solidariamente responsables conforme al artículo 36 del C.S.T., en consecuencia se condene para el periodo del 2011 al 2017 las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de servicios, indemnización moratoria, la indemnización por despido sin justa causa, la indemnización por no consignación de cesantías, aportes a pensión, salud y ARL, derechos *ultra y extra petita,* costas y agencias en derecho; **obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones**, pues se declaró la existencia del contrato pero del 1° de enero del 2011 al 31 de diciembre del 2017 y se absolvió de todas las pretensiones al haber declarado probada la excepción de prescripción, tras considerar que fue con la presentación de la demanda que se pudo haber interrumpido el fenómeno extintivo no obstante el auto admisorio de la demanda no se notificó a la pasiva dentro del año siguiente, precisando frente a los aportes a pensión si bien estos son imprescriptibles al haber la demandante tramitado la devolución de saldos ante su AFP el empleador no se encontraba en la obligación de efectuar aportes al sistema.

Pues bien, para resolver el presente asunto ha de indicarse en los juicios del trabajo es primordial para el operador judicial establecer si existe o no contrato de trabajo, que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales y, acreditados

los extremos temporales de la relación y el salario devengado, resultaría factible efectuar las liquidaciones a que hubiere lugar.

De conformidad con lo anterior, la controversia que se trae a los estrados, apunta a determinar si entre AMPARO DEL ROSARIO ALVAREZ GARCÍA como trabajadora y la sociedad INVERSORA SANTANDEREANA ARDILA Y BAGOS CIA LTDA como empleador, existió contrato de trabajo del 9 de septiembre del 2009 al 31 de diciembre del 2017, advirtiéndose, la Juez de primera instancia halló demostrada la existencia del vínculo laboral entre las partes, pero del 1° de enero del 2011 al 31 de diciembre del 2017

En esa dirección, es de advertir, desde la réplica al libelo, éste demandado negó que se hubiera presentado relación laboral, aduciendo su vinculación luego del 2010 se dio en virtud de un contrato de prestación de servicios (*contestación demanda Archivo 1 expediente digital, páginas 114 a 132)* razón por la cual precisa la Sala, para que exista un contrato de trabajo deben conjugar los 3 elementos señalados en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, a saber: la prestación personal del servicio, la retribución o salario, y la dependencia o continuada subordinación, empero dada la ventaja probatoria consagrada en el artículo 24 del C.S.T., al trabajador le basta acreditar la prestación personal del servicio para que el Juez tenga entendido que la misma estuvo regida por un contrato de trabajo, si es que el demandado no logra en aras de hacer valer su defensa de inexistencia del vínculo laboral, acreditar que tal prestación del servicio no fue ininterrumpida, ni subordinada sino autónoma o que no hubo salario sino el pago de honorarios o el precio de una obra, en el periodo aludido, en ese sentido se ha pronunciado la H. Corte Suprema de Justicia, que refiriéndose al tema señaló: *"…esa presunción es de naturaleza legal y, por lo tanto, susceptible de ser desvirtuada, ha debido entonces el fallador, indagar si la presunción se desvirtuó por la parte demandada, acreditando que los servicios se prestaron de manera independiente, esto es, su labor de análisis de las pruebas se debió orientar a encontrar la autonomía en la prestación de los servicios, más no la subordinación, que, en principio, estaba acreditada por ministerio de la ley"*[1].

[1] *Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral. Magistrado Ponente: Gustavo José Gnecco Mendoza, Radicación No. 34223, Acta No. 08, Bogotá, D. C., trece (13) de abril de dos mil diez (2010).*

Así pues, deberán analizarse las circunstancias que se presentaron en la realidad a efecto de determinar si, en los términos expuestos por la parte demandada en su constatación, se logró o no probar por parte de la demandante la prestación del servicio a favor de la pasiva y si ésta fue o no autónoma e independiente, para lo cual acudiremos al acervo probatorio recaudado en autos, iniciando con los interrogatorios de parte, de los cuales se extrae la siguiente sinopsis:

LUIS HUMBERTO ARDILA BLANCO, demandado como persona natural y representante legal de la sociedad INVERSAN, manifestó que la vinculación de la demandante con la empresa se dio en dos oportunidades una a través de un contrato de trabajo en donde se le cancelaron todos sus derechos laborales como lo indica la ley y otra por medio de un contrato de prestación de servicios profesionales, en donde se le cancelaban sus honorarios luego de presentar una cuenta de cobro, indicó que la actora era quien llevaba la asesoría de la sociedad pues conocía todo de ella, es decir, manejaba todo el negocio, vendía los huevos y negociaba la materia prima, expreso que tenía un puesto de trabajo en las instalaciones de la empresa así como un escritorio y llaves de la oficina. *(Audiencia del 11 de agosto del 2021, audio archivo 4 expediente digital, record: 26:20)*

La demandante por su parte adujo que trabajó para la demandada en dos periodos de 1988 al 2006 en donde todo se lo pagaron, luego del 2009 al 2010 mediante contrato de trabajo y del 1° de enero del 2011 al 31 de diciembre del 2017 mediante contrato de prestación de servicios, expresando que se retiró de la empresa para poder cobrar su bono pensional, obteniendo una devolución de saldos por parte de Colfondos en el año 2011, precisa que cuando regresó a la sociedad sus funciones no cambiaron, como tampoco su horario, y que no existió contrato escrito de prestación de servicios, obteniendo su remuneración por las cuentas de cobro que ella pasada, manifestando que no le hacían descuentos por aportes a salud ni pensión como tampoco retención en la fuente, señaló que era quien manejaba todo el tema de la granja, nómina, contratos y demás. *(Audiencia del 11 de agosto del 2021, audio archivo 4 expediente digital, record: 49:43)*

Igualmente se recibieron los testimonios de HELADIO CHAPARRO AMAYA (cliente de la sociedad demandada), EMILCE BELLO ALARCON (revisora fiscal

de la demandada), JENNY MARIA PATIÑO (cliente de la sociedad demandada) y JOSE RICARDO ROJAS (contador de la demandada).[2]

Los clientes de la demandada manifestaron que la demandante era quien les ofrecía los huevos y era a ella a quien le hacían la compra, reconociéndola como la secretaria de la empresa, el señor Heladio Chaparro aduce haberla visto durante 15 años (sin expresar fechas en concreto) y por su parte la señora Jenny Patiño expreso que la demandada fue su proveedor de huevos durante el año 2017 y con quien siempre hablo del negocio fue con la actora.

Los testigos EMILCE BELLO y JOSE ROJAS, adujeron que cuando ellos llegaron a la empresa a trabajar ya se encontraba la demandante vinculada, la señora EMILCE BELLO la conoció de marzo del 2003 al 2013 que fue cuando la testigo se retiró de la sociedad, comentando la actora se retiró en el 2006 y regreso a los 2 años, adujo que en la segunda vinculación ya no tenía contrato de trabajo porque tenía problemas en la devolución de sus saldos y no podía estar vinculada mediante contrato laboral. Indicó que la demandante era quien hacia las facturas de venta, compraba los insumos para las gallinas, vendía los productos de la empresa y en general era la encargada de la oficina, en tanto era por ejemplo quien organizaba los documentos y se los entregaba a ella –revisora fiscal- y al contador, también elaboraba comprobantes de egreso, cobraba el dinero de los vendedores y consignaba dinero a los transportadores de los productos, como también era la encargaba de llamar a los proveedores para los insumos y medicamentos de las gallinas.

Por su parte el contador de la empresa pese a no referir fechas en que conoció a la demandante si expreso que cuando él llego a la sociedad, fue Amparo Álvarez quien le entrego toda la documentación para llevar la contabilidad de la demandada, asegurando se encontraba vinculada por prestación de servicios, pero no existía tal contrato y se le pagaban eran honorarios, adujo como funciones desempeñadas por la actora las siguientes: recibir dinero de la venta de huevos, suministro de insumos, elaboraba recibos de caja y se los entrega a él como contador y en general era una asesora administrativa de la empresa.

[2] Audiencia celebrada el 19 de octubre del 2021, audio archivo 5 expediente digital, records: 3:38, 20:49, 40:48 y 47:43.

De acuerdo a lo anterior, para esta Sala de decisión no cabe duda de la prestación personal del servicio por parte de la actora y a favor de la sociedad demandada, pues así lo confesó el representante legal de la misma en el interrogatorio de parte que absolvió, sumado a que los testigos también indicaron tal situación, precisándose no tiene importancia la denominación al vínculo jurídico le asignen las partes, ni que se halle regido por estipulaciones especiales, pues lo que configura el contrato de trabajo es la forma como se ejecuta la prestación, es decir, debe hacerse primar la realidad sobre la apariencia formal, de acuerdo con el artículo 53 Constitucional y el entendimiento jurisprudencial y doctrinal en torno al tema.

En ese orden, como ya se dijo se encuentra plenamente acreditada la prestación del servicio por parte de la demandante, sin que los accionados hubiesen desvirtuado la presunción del artículo 24 del C.S.T, iterando, era carga probatoria de estos encartados, demostrar que en la relación vivida con la actora no medio la subordinación, y ante la inexistencia de medios probatorios, lo que impone significar, es que la relación con la actora estuvo regida por un contrato de trabajo, tal y como lo señaló la Juez *a quo*.

Por otro lado, no sobra reiterar, la declaración de la existencia del contrato de trabajo deriva de la aplicación de la presunción legal mencionada, destacando frente a los elementos del contrato, como se ha venido señalando se acreditó la prestación personal del servicio; frente a la subordinación, aunado a que no fue desvirtuada, se tiene que la actividad realizada por la demandante a favor de la encartada no podría encajarse como una profesión liberal[3] a efectos de que se entendiera que era ejecutada sin la mediación de subordinación.

Ahora bien, establecida la existencia del vínculo, se procede a verificar si en efecto se probaron los extremos de la relación laboral vivida entre las partes señalados en la demanda -9 de septiembre del 2009 al 31 de diciembre del 2017-, advirtiéndose dentro del plenario no hay prueba de que la relación laboral hubiese

---

[3] *Decreto 350 de 1997:*

"Artículo 25. Definición de profesión liberal. Para efectos de la exclusión de que trata el artículo 44 de la Ley 383 de 1997, se entiende por profesión liberal, toda actividad en la cual predomina el ejercicio del intelecto, reconocida por el Estado y para cuyo ejercicio se requiere la habilitación a través de un título académico."

iniciado el 9 de septiembre del 2009 como lo afirma la actora, en tanto solo obra una liquidación de prestaciones sociales donde se anota como fecha de ingreso 9 de septiembre del 2010 y fecha final 30 de noviembre del 2010 *(página 24 archivo 1 expediente digital)*, y en ese orden ante la inexistencia de una prueba fehaciente, resulta acertado concluir que dentro del presente asunto en efecto como la adujo la Juez de primer grado existieron dos relaciones laborales, pero en los siguientes extremos: la primera del 9 de septiembre del 2010 al 30 de noviembre del 2010 (conforme liquidación de prestaciones sociales de página 24 archivo 1 expediente digital) y la segunda de enero del 2011 al **30 de diciembre del 2017** (fecha de la última factura que obra en el proceso), ello de conformidad con las cuentas de cobro que obran en el expediente *(ver páginas 24, 55 y 291 Archivo 1 expediente digital),* precisándose el extremo inicial de ésta relación laboral corresponde al último día del mes en el que se evidenció que la actora prestó sus servicios esto es el **31 de enero del 2011**, pues se desconoce que ocurrió del 1 al 30 de dicho mes, por ende se habrá de señalar que por lo menos laboró el día de la fecha de la cuenta de cobro, esto es el 31 de enero del 2011, y como final se tomará el señalado en la última cuenta de cobro que data del 30 de diciembre del 2017, y en ese sentido se modificará la sentencia de primer grado, en virtud de la postura de la Honorable Corte Suprema de Justicia, la cual se halla entre otras en sentencia del 28 de abril de 2009 radicado 33849[4], la del 6 de marzo de 2012 radicado

---

[4] *Por otra parte, respecto de los extremos temporales de la relación laboral, ha sido criterio de esta Sala que cuando* ***no se conoce con exactitud el día de iniciación del contrato de trabajo, pero se sabe el espacio temporal en que se prestó el servicio, debe entenderse probado como tal el último día del mes que aparezca evidenciado el trabajador haya servido****, tal como se dejó sentado en sentencia del 22 de marzo de 2006 radicado 25580, en la que se sostuvo:*

"(……) Aunque no se encuentra precisada con exactitud la vigencia del contrato de trabajo, esta podría ser establecida en forma aproximada acudiendo a reiterada jurisprudencia sentada desde los tiempos del extinto Tribunal Supremo del Trabajo, según la cual cuando no se puedan dar por probadas las fechas precisas de inicio y terminación de la relación laboral, pero se tenga seguridad de acuerdo con los medios probatorios allegados sobre la prestación del servicio en un periodo de tiempo que a pesar de no concordar exactamente con la realidad da certeza de que en ese lapso ella se dio, habrá de tomarse como referente para el cálculo de los derechos laborales del trabajador.

En sentencia de 27 de enero de 1954, precisó el Tribunal Supremo:

<Si bien es cierto que la jurisprudencia de este Tribunal ha sido constante en el sentido de que cuando quien debe demostrar el tiempo de servicio, y el salario devengado, no lo hace, no hay posibilidad legal para condenar al pago de prestaciones, salarios o indemnizaciones, es también evidente que cuando de las pruebas traídas a juicio se puede establecer sin lugar a dudas un término racionalmente aproximado durante el cual el trabajador haya servido, y existan por otra parte datos que permitan establecer la cuantía del salario devengado, es deber del juzgador desentrañar de esos elementos los hechos que permitan dar al trabajador la protección que las leyes sociales le garantizan>.

En el sub examine se conocen el año y el mes, pero no el día en que empezó y terminó la relación; de acuerdo con el criterio anterior, habría de entenderse como probado el extremo inicial del vínculo laboral a partir del último día de noviembre del año 2000, y como extremo final, el señalado por el actor en la demanda, es

42167, SL 905 de 2013 radicado 37865 y SL 3990 de 2020 radicado 73994, en las que se ratifica la postura sentada desde el 22 de marzo de 2006 bajo el radicado 25580, consistente en que *"…cuando no se conoce con exactitud el día de iniciación del contrato de trabajo, pero se sabe el espacio temporal en que se prestó el servicio, debe entenderse probado como tal el último día del mes que aparezca evidenciado el trabajador haya servido…".*

Debe advertir en este punto la Sala, aunque ante supuestos de suscripción de varios contratos de trabajo, se debe ser muy cauteloso en el examen de las pruebas y especialmente esmerados a la hora de verificar una posible unidad contractual, pues estas prácticas se han adoptado con el ánimo de restar antigüedad en el servicio del trabajador, o beneficiarse en la liquidación de la cesantía o la potestad de dar por terminado el contrato de trabajo[5], ello no significa necesariamente que siempre que estemos ante contratos sucesivos existe unidad contractual[6], pues puede suceder, como de hecho aquí acontece, que existan varias relaciones laborales independientes entre sí, cada una las cuales tuvo su propio modo de terminación y fueron debidamente liquidadas, porque ello puede verificarse real y verídicamente dentro del normal desarrollo de la actividad laboral y aparece con toda claridad la terminación de un contrato y el nacimiento de otro.

En el caso de autos, ninguna circunstancia contraria a los derechos de la trabajadora, como las que acaban de exponerse, se configura, pues los contratantes de manera libre y voluntaria pusieron fin al contrato celebrado del 9 de septiembre al 30 de noviembre del 2010 y dieron paso a una nueva vinculación

---

decir, el 23 de diciembre de ese año, por estar dentro del espacio temporal que quedó probado. Así, se habría establecido que el contrato tuvo vigencia entre el 30 de noviembre y el 23 de diciembre de 2000" (resalta la Sala)

[5] Sentencia SL15986 de 2014, reiterada en SL 1211 de 2019.

[6] Sobre el punto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado de antaño que "*No se puede hablar de dos contratos mientras no haya diferencias esenciales en el objeto mismo del contrato, o mientras no se haya terminado una relación laboral y se haya iniciado otra. Aunque la jurisprudencia ha admitido que pueden existir dos contratos de trabajo distintos que se suceden, es necesario que aparezca con toda claridad la terminación de un contrato y el nacimiento de otro, y la causa para el cambio de objeto que haga distinta la vinculación jurídica"* (CSJ, Cas. Laboral, Sent. Sep. 2/77).

Así mismo, esa Corporación puntualizó que cuando se trata de Contratos de Trabajo sucesivos, no siempre se reconoce la existencia de un solo contrato al indicar: "*La sola circunstancia de que haya mediado un pequeño margen de tiempo entre la terminación de un contrato y el comienzo de otro no es razón suficiente para sostener la unicidad del vínculo o la existencia de simulación en la extinción del primero, puesto que nada impide y bien puede suceder, como de hecho aquí ha acontecido, que tal situación ocurra real y verídicamente dentro del normal desarrollo de la actividad laboral de las empresas"* (CSJ – SCL radicado 20946 de 17 de septiembre de 2003)

laboral pero solo hasta el 31 de enero del 2011 que, aunque guarda similitud frente al objeto, fue interrumpida.

Por lo anterior se lleva al convencimiento de la Sala, que si bien es cierto existió prestación del servicio durante por lo menos desde el 9 de septiembre del 2010, ésta no fue continua, sino interrumpida, existiendo 2 contratos de trabajo entre las partes, no logrando la parte interesada, acorde al artículo 167 del C.G.P., acreditar una sola relación laboral, tal como se solicita en la demanda, toda vez que no existe prueba que sustente su dicho.

En tal sentido y como la demandante fundamentó todos sus pedimentos en la existencia de un solo contrato de trabajo, como bien lo adujo la Juez de primer grado solo resultaba posible estudiar las pretensiones del libelo de cara a la última relación que unió a las partes y que en esta instancia se acredito del 31 de enero del 2011 al 30 de diciembre del 2017, conforme se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia del 19 de octubre de 2006 radicación 27371, reiterada en SL 2708 de 2019, en la que determinó que al aparecer acreditadas varias vinculaciones labores, cuando en la demanda se partió del hecho de la ocurrencia de un solo contrato de trabajo, se debe analizar entonces la última de ellas. Así razonó la alta Corporación:

> *"En cuanto a la existencia de solución de continuidad entre los diversos contratos, se observa que, de acuerdo con la certificación aportada a folios 131 y 225, de los contratos suscritos entre el 1 de marzo de 1994 y el 30 de noviembre de 2002, apenas si se presentaron algunas interrupciones entre uno y otro contrato, siendo la mayor apenas de una semana, entre el 28 de febrero y el 8 de marzo de 1999, por lo que no aparece que se hubiere dado una solución de continuidad de la relación laboral, toda vez que, a pesar de ser numerosos los contratos celebrados por unos términos establecidos, la verdad que aflora es que la demandante siempre cumplió las mismas funciones para el demandado, por lo que la suscripción de un nuevo contrato, cada vez que se vencía el anterior, apenas era una mera formalidad y no obedecía a la intención de desvincular a la trabajadora.*
>
> *Cosa diferente ocurre con el contrato celebrado a partir del 1 de agosto de 1993, que venció el 30 de enero de 1994, pues el siguiente se celebró un mes después, el 1 de marzo de 1994, de donde, por lo prolongado de la interrupción del servicio, no es posible inferir que la intención de las partes era continuar con una misma relación de trabajo y que apenas se trataba de una mera formalidad.*
>
> *Como quiera que las pretensiones de la demanda inicial están cimentadas sobre la base de una sola relación de trabajo, se tendrán en cuenta para reexaminar las condenas de primera instancia, los extremos comprendidos entre el 1 de marzo de 1994 y el 30 de noviembre de 2002, que corresponden a la última relación laboral continúa sostenida por las partes.*

En este orden de ideas y una vez dilucidada la existencia de las diversas vinculaciones laborales entre las partes, sería del caso entrar la Sala al estudio de las demás peticiones de condena elevadas en la demanda, no obstante, se debe en este punto analizar la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada en su contestación (*páginas 131 y 132 archivo 1 expediente digital*), precisando el contrato como aquí se estableció feneció el **30 de diciembre de 2017** y presentó la demanda el 29 de marzo del 2019 (página 56 archivo 1 expediente digital), por lo cual podría entenderse que no operó el fenómeno extintivo, sin embargo como no todas las acreencias aquí reclamadas se hicieron exigibles a la finalización del vínculo, sino en data anterior, como es el caso de los intereses a las cesantías (exigibles el 31 de enero de cada año, Ley 52 de 1975) y primas de servicios (exigibles en junio y en diciembre de la respectiva anualidad trabajada) y vacaciones, deberá estudiarse si respecto de estos rubros se interrumpió la prescripción.

Se tiene entonces que como la demanda fue presentada dentro de los 3 años siguientes a la finalización del contrato, esto es, el 29 de marzo del 2019, sería con ésta que se pudo haber interrumpido la prescripción pues no obra reclamación al empleador en data anterior, en principio respecto de los derechos causados con anterioridad al 29 de marzo del 2016.

Sin embargo y pese a lo dicho, debe tenerse en cuenta el libelo se admitió el día **28 de mayo del 2019** (página 57 archivo 1 expediente digital)[7], notificándose al extremo demandado por conducta concluyente solo hasta el **1° de marzo del 2021** (página 103 archivo 1 expediente digital), esto es, pasado el año al que hace alusión el artículo 94 del C.G.P. (contaba hasta el 28 de mayo del 2020 para efectuar la notificación), precisándose el Juzgado de primer grado mediante auto del 15 de octubre del 2020 requirió a la parte actora para que procediera a efectuar la notificación de la admisión de la demanda a la pasiva (página 74 archivo 1 expediente digital) y si bien mediante correos electrónicos del 21 de octubre del 2020 y 4 de diciembre del 2020 el apoderado de la demandante manifiesta haber realizado tal gestión (sin que obre prueba de tal notificación), lo cierto es que de haberse efectuado la misma, fue extemporánea atendiendo las fechas en que se comunica ello al juzgado -21 de octubre y 4 de diciembre del 2020- (ver páginas 86 y 91 archivo 1 expediente digital).

[7] Notificado por anotación en el estado del 29 de mayo del 2019

Razón por la cual considera esta Corporación la parte actora no cumplió con su deber de efectuar la notificación y por ende cuando el Juzgador de primer grado lo requirió para efectuar éste trámite (auto del 15 de octubre del 2020) ya había transcurrido más de 1 año para interrumpir el término de prescripción frente a los accionados, por ende, encuentra la Sala que la mora en la integración adecuada del contradictorio no es atribuible al operador judicial que intervino en el trámite.

En consonancia con lo analizado, para el momento en que se surte la notificación de la pasiva 01 de marzo del 2021 (página 103 archivo 1 expediente digital) ya se había vencido el término para concluir dicho trámite, pues solo se tenía hasta el 28 de mayo del 2020, razones por las cuales itera ésta Corporación, la parte demandante no asumió las cargas procesales que le eran propias, debiendo cargar con los efectos de la excepción de prescripción, y por ende los demandados solo podrían responder por las condenas impuestas a partir del 1° de marzo del 2018 (3 años anteriores a su notificación conforme lo dispone el art. 94 del C.G.P.[8]) no obstante como el contrato aquí estudiado terminó el 30 de diciembre del 2017, no hay lugar a impartir condena confirmándose la absolución dada en primera instancia.

Frente a ese tópico ha de recordarse lo expuesto por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su sala de Casación Laboral, entre otras, en la SL 1533 del 2 de mayo del 2018, radicación No. 60514, en la cual se señaló:

> *"(…) se recuerda que esta Corporación, frente al tema propuesto en los cargos, ha sostenido que, entre la presentación de una demanda y su notificación, pueden presentare ciertas circunstancias que no son imputables al demandante y, en consecuencia, no pueden perjudicarle. De allí, que se admitan excepciones a lo dispuesto en el artículo 90 del CPC, y se ha aceptado que la sola presentación de la demanda interrumpe la prescripción, no obstante que la notificación del auto admisorio de la demanda no se efectuó oportunamente, ya sea, por negligencia del juzgado o por la elusión de la demandada.*
>
> *(…)*
>
> *Además, se precisa, que aun cuando es cierto que todo proceso se debe adelantar de manera diligente y oportuna, para realizar la finalidad de pronta y cumplida justicia, ejerciendo el Juez los poderes de dirección, así como el de velar por su rápida solución, adoptar las medidas para impedir su paralización, a través de lo que se ha llamado*

[8] **ARTÍCULO 94. INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN, INOPERANCIA DE LA CADUCIDAD Y CONSTITUCIÓN EN MORA.** La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante. **Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado.**

> *«oficiosidad laboral», teniendo además por presente, que es regla del derecho laboral la gratuidad de los actos procedimentales, tal como lo dispone el artículo 39 del CPTSS, no lo es menos, que a las partes les compete asumir ciertas cargas procesales, en atención a que sus resultados pueden beneficiarlos, o su olvido, los pueden perjudicar.*
>
> *Entre esas cargas, se encuentra la relativa al trabamiento de la relación jurídico procesal, que se constituye como el acto procesal necesario para garantizar el derecho de defensa y contradicción, de quien es llamado al proceso. De allí, que el beneficio dispuesto en el artículo 90 del CPC, estuviera supeditado a la notificación del auto admisorio de la demanda, dentro del año siguiente a la notificación al demandante del mismo. Así, si no ocurre esa situación, esa prerrogativa se perdería, generando, como consecuencia, la prescripción de la acción."*

Ahora y teniendo en cuenta que se pide en la demanda el pago de **aportes a seguridad social en pensiones**, los cuales por su naturaleza no están cobijados por el fenómeno extintivo, conforme a lo dicho por la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral en sentencia 35083, del 6 de mayo de 2010, baste con señalar como quiera que se encontró acreditada la existencia de una última relación laboral en los extremos señalados (31 de enero del 2011 al 30 de diciembre del 2017) conforme lo ha dispuesto la Ley 100 de 1993, en su artículo 22, el empleador debe ser el responsable del pago de su aporte y de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno.

También, conforme el contenido del artículo 9° literal d) y parágrafo de la Ley 797 de 2003 y del artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 y lo reiterado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 32096 del 2 de septiembre de 2008[9] y 32179 del 27 de enero de 2009[10], es

---

[9] *"De acuerdo con lo anterior, la forma para poder contabilizar el tiempo laborado por la actora y en el que no estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales, a fin de ser tenido en cuenta en el cómputo de semanas cotizadas, es mediante el traslado de la suma de dinero dejada de cotizar y obtenida a través de un cálculo actuarial, con lo cual no se vería afectada la trabajadora por esa omisión en que incurrió su empleador, acorde con el contenido de las normas señaladas".*

[10] *En el sub judice, cuando la demandante ingresó al servicio de la Corporación demandada, ya existía la obligación legal de afiliación de los trabajadores al régimen de seguridad social en pensiones, que para ese entonces era administrada por el Instituto de Seguros Sociales. No obstante existir dicho imperativo, en el caso analizado, el empleador dejó desprotegida a la actora por espacio de casi 18 años (16 de mayo de 1978 al 11 de marzo de 1996), porque durante los 25 años y 1 mes que estuvo prestando servicios, sólo fue afiliada a pensiones los últimos 7 años, bajo el régimen de ahorro individual administrado por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.*

evidente que el tiempo dejado de cotizar durante la vinculación laboral tiene la virtud de perjudicar la eventual expectativa pensional de la demandante, razón por la cual y si bien la parte actora en la pretensión de condena (i) solicita "*el pago de aportes a seguridad social … pensión",* debe advertir esta Corporación tal petición no puede ser enmendada simplemente con el pago de los aportes en tiempo posterior por cuanto, la forma legal para imputar válidamente los pagos de los aportes a pensión cuando existe **omisión en la afiliación** por parte del empleador -que es lo que en el presente asunto ocurrió para la última relación laboral aquí acreditada-, es a través del pago del cálculo actuarial respectivo.

Sobre este punto, recuérdese que los **periodos en que no hubo afiliación NO** pueden ser asimilados a aquellos en que, si hay afiliación, pero existe mora o pago tardío de los aportes, pues se tratan de situaciones jurídicas diferentes, que por ello conllevan también consecuencias diferentes para el empleador y para la entidad de pensiones.

En los que se presenta mora patronal, los periodos pueden ser incluidos en la historia laboral del trabajador efectuando el pago de la cotización con los respectivos intereses moratorios, pero, **cuando no hay afiliación,** caso que se presenta en autos, **el empleador se ve compelido a trasladar el valor del cálculo actuarial a entera satisfacción de la entidad pensional** (literal d, parágrafo 1º, artículo 33 de la Ley 100 de 1993). Al tema, puede consultarse la Sala de Casación Laboral de la CSJ, en sentencia SL 14388 del 20 de octubre de 2015, Rad. 43182[11].

El inciso 6º del artículo 17 del Decreto 3798 de 2003, que modificó el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995, prevé la solución frente a la eventualidad referida, al establecer que " … En el caso en que, por omisión, el empleador no hubiera afiliado a sus trabajadores a partir de la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones, o con anterioridad a dicha fecha no hubiere cumplido con la obligación de afiliarlos o de cotizar estando obligado a hacerlo, el cómputo para pensión del tiempo transcurrido entre la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones y la fecha de afiliación tardía, sólo será procedente una vez se entregue la reserva actuarial o el título pensional correspondiente, calculado conforme a lo que señala el Decreto 1887 de 1994".(El subrayado es de la Sala).

[11] ***2. Diferencias entre «mora» en el pago de los aportes y «falta de afiliación» al sistema de pensiones. Consecuencias jurídicas de la omisión en la afiliación.***

Es cierto que esta Corporación se ha preocupado por diferenciar los efectos de una «mora» en el pago de los aportes, de los de una «falta de afiliación» al sistema de pensiones, por tener dichos fenómenos causas y consecuencias jurídicas diferentes, como lo dedujo el Tribunal y lo resaltan los opositores.

Frente a la primera situación, de «mora» en el pago de aportes, esta Sala de la Corte ha expresado en su jurisprudencia que la validez de las semanas cotizadas, por la mora del empleador en el pago

Por lo anterior se condenará a la demandada a cancelar el valor del cálculo actuarial por el tiempo en que la demandante no estuvo afiliada al sistema general de pensiones por su cuenta, esto es del 31 de enero del 2011 al 30 de diciembre del 2017, de conformidad con la liquidación que al efecto realice la administradora del fondo pensiones a la cual se encuentre afiliada la demandante, con observancia de lo dispuesto en el Decreto 1887 de 1994.

Precisándose si bien la promotora del litigio expresó en su interrogatorio de parte haber recibido por parte de Colfondos una devolución de saldos en el año 2011 (sin conocer esta Corporación a que periodos correspondió), ello contrario a lo afirmado por la Juez *a quo* en nada impide que el empleador omiso asuma las consecuencias del no pago de los correspondientes aportes en pensión, derivados de la afiliación que debió haber efectuado, en tanto la devolución de saldos tiene un carácter subsidiario cubriendo la contingencia de vejez de manera transitoria y no vitalicia.

Sobre este punto ya tuvo la oportunidad de pronunciarse la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL5041-2021 Radicación No. 82738 del 18 de agosto del 2021, al considerar:

> *"Al respecto, el hecho de que la cuenta del actor en el RAIS esté actualmente cancelada y sin saldos, como lo indicó la AFP Porvenir S.A. en la contestación de la demanda, no es motivo suficiente para que no puedan tenerse en cuenta las cotizaciones y tiempos laborados por el trabajador entre los años 1973 y 1984, en la medida que* ***estos aportes representados en un cálculo actuarial están relacionados con su trabajo y si bien no fueron reconocidas al momento de efectuar la devolución de saldos en el año 2016, estas deberán ingresar a la cuenta de ahorro individual del afiliado y tenerse como parte del capital acumulado para los fines a que haya lugar***. (Negrillas y subrayas fuera de texto)
>
> *Precisamente, esta Sala aceptó la inclusión de los bonos pensionales para efectos de devolución de saldos en el marco del RAIS y explicó que el afiliado no puede perder el capital acumulado en su cuenta individual, dado que, se reitera, estos dineros son resultado de su trabajo y esfuerzos (CSJ SL 451-2013, CSJ SL17421-2017, CSJ SL 5470-2018 y CSJ SL1142-2021). En la primera providencia referida la Corporación expuso:*

---

del aporte, no puede ser cuestionada o desconocida por la respectiva entidad de seguridad social, si antes no acredita el adelantamiento de las acciones tendientes a gestionar su cobro. (…)

Dicho ello, la Sala reitera que, ante hipótesis de omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, y obligación del empleador pagar un cálculo actuarial, por los tiempos omitidos, a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social." (Subrayas fuera de texto)

> *[…] En torno a la primera cuestión planteada, el artículo 66 de la Ley 100 de 1993 establece claramente que "(…) quienes a las edades previstas en el artículo anterior no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas, y no hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, tendrán derecho a la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros* ***y el valor del bono pensional, si a éste hubiere lugar****, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho." (Negrillas del texto original).*
>
> *Por su parte, los artículos 113, 118 119 y 121 de la Ley 100 de 1993 regulan la naturaleza, clases y formas de emisión de los bonos pensionales. Así también lo hace el artículo 1 del Decreto 1299 de 1994, norma que en el artículo 11 prevé que "(…) el bono pensional se redimirá cuando ocurra alguna de las siguientes circunstancias: 1.- Cuando el afiliado cumpla la edad que se tomó como base para el cálculo del respectivo bono pensional. 2.- Cuando se cause la pensión de invalidez de sobrevivencia.* ***3.- cuando haya lugar a la devolución de saldos de conformidad con la Ley 100 de 1993.****" (Negrillas del texto original).*
>
> *De acuerdo con las disposiciones trascritas, el raciocinio del censor es abiertamente infundado, puesto que los bonos pensionales deben ser incluidos dentro del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual que se reintegra al afiliado, a través de la devolución de saldos que regula el artículo 66 de la Ley 100 de 1993. Por lo mismo, las dos erogaciones - bono pensional y devolución de saldos - no son excluyentes, ni el bono pensional está contemplado únicamente para financiar una pensión de vejez, como equivocadamente se denuncia en el cargo.*
>
> *Ahora bien, aunque la meta ideal del Sistema de Seguridad Social es que los bonos pensionales contribuyan, en principio, a la financiación de una pensión de vejez, pues lo deseable es que todas las personas adquieran una, como fruto de su trabajo, lo cierto es que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, hacen parte de una reserva de propiedad del afiliado, que debe serle reintegrada cuando no alcanza los límites legales para pensionarse.*
>
> *Por lo mismo, cuando la norma condiciona la inclusión del bono pensional dentro de la devolución de saldos, a través de la expresión "si a éste hubiere lugar", no hace cosa diferente a preveer que su cómputo debe partir de la base de que hubiera sido posible emitirlo, para financiar una eventual pensión de vejez. En otras palabras, cuando es viable pagar un bono pensional para financiar una potencial pensión de vejez, porque se dan las condiciones legales necesarias para esos efectos, esa erogación también puede ser comprendida dentro del cálculo de una devolución de saldos, pues hace parte del capital del afiliado acumulado dentro de su cuenta de ahorro individual.*
>
> ***Sería irracional y contrario a la justicia pensar en que, como lo propone la censura, si el afiliado no alcanza las condiciones para pensionarse, que entre otras es una realidad derivada de las arduas exigencias legales necesarias para ello y del azaroso mercado de trabajo, debe perder también el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, que ha sido el fruto de su trabajo y de sus contribuciones al sistema.***
>
> ***Por lo mismo, la devolución de saldos debe ser pensada y entendida como una prestación alternativa a las pensiones, que busca compensar los intentos fallidos de pensión y cumplir de otra manera con los fines de la seguridad social, por lo que debe comprender todos aquellos factores derivados del trabajo y del ahorro del afiliado, que buscaban soportar financieramente su jubilación, como el bono pensional.*** (Negrillas fuera del texto original).

Ahora como quiera que los señores LUIS HUMBERTO ARDILA BAGOS y ELSA LUCILA BAGOS BLANCO, fueron demandados en forma solidaria dada su calidad de socios de la empresa INVERSORA SANTANDEREANA ARDILA Y BAGOS CIA LTDA., supuesto que fue acreditado con el Certificado de Existencia y

Representación legal de la misma, visible en las páginas 19 a 23 del Archivo 1 del expediente digital, se debe tener en cuenta del texto del artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo, emana con claridad la responsabilidad legal de los miembros de las sociedades de personas para con las obligaciones resultantes del contrato de trabajo que las últimas suscriben, por lo que deberán entonces éstas personas naturales responder solidariamente de las obligaciones patronales cuyo reconocimiento y pago se ordenó en esta sentencia, concretamente el cálculo actuarial.

En el presente asunto, el valor de la cuota social de las personas naturales demandadas, según el certificado referido, es de 900 para LUIS HUMBERTO ARDILA BLANCO, equivalentes a $450.000.000 y de 100 para ELSA LUCILA BAGOS BLANCO, por valor de $50.000.000, por lo cual habrán de ser declarados solidariamente responsables de la condena que aquí se impuso, pero sólo hasta un monto igual al del valor de sus cuotas sociales.

Finalmente, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en **salud**, debe recordarse que éste sistema está concebido para cubrir los riesgos de enfermedad general y maternidad, riesgos que si bien pudieron no haber sido amparados por entidad alguna durante la última relación laboral entre las partes, su pago se torna improcedente, por cuanto significaría el de un aseguramiento que en la realidad no se presentó y que podría incluso configurar un enriquecimiento sin causa a favor del sistema y de las Entidades Promotoras de Salud siendo otras las vías y otros los legitimados para reclamar, si la demandada no depositó los respectivos aportes en las entidades competentes.

Y es que en tratándose de cotizaciones para salud, tan solo es atendible que se propenda judicialmente a la compensación de los perjuicios que la mora o no pago de aportes a dicho sistema se generaron en cabeza del trabajador desamparado, alcances que no son los propios de la pretensión en estudio y que aún de asumirse así, no lucen procedentes al desconocer esta Corporación los perjuicios que la omisión del empleador hubiese ocasionado, así como su estimación económica, por lo que ni aún en este último sentido encuentra la Sala fundamentos para proferir condena.

Igual sucede en relación con los aportes al sistema de seguridad social en **riesgos laborales**, pues tal condena tampoco puede hallar prosperidad, siendo lo cierto que éstos se encuentran a cargo de las ARL, cuando se presenta la contingencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, siempre y cuando exista afiliación del trabajador a tal sistema por parte del empleador, y si bien esto último no se probó dentro de ésta Litis, lo cierto es que tales riesgos en autos no tuvieron ocurrencia durante la última relación de trabajo aquí declarada o por lo menos ello no se acreditó.

Así las cosas, se agota la competencia del Tribunal, por el estudio del grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante y conforme a las consideraciones expuestas se ha de modificar los extremos de la relación laboral, condenándose al pago del cálculo actuarial y declarando la solidaridad de las personas naturales demandadas, confirmando en lo demás.

Sin **COSTAS** en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** del fallo de primer grado, en cuanto a que el último contrato declarado tuvo como extremos laborales del **31 de enero del 2011 al 30 de diciembre del 2017,** conforme a las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR que los señores LUIS HUMBERTO ARDILA BAGOS y ELSA LUCILA BAGOS BLANCO, son solidariamente responsables de las condenas impuestas en esta sentencia, a favor de la señora AMPARO DEL ROSARIO ALVAREZ GARCIA y en contra de la empresa INVERSORA SANTANDEREANA ARDILA Y BAGOS CITA LTDA –INVERSAN-.

TERCERO: CONDENAR a INVERSORA SANTANDEREANA ARDILA Y BAGOS CITA LTDA y solidariamente a LUIS HUMBERTO ARDILA BAGOS y ELSA

LUCILA BAGOS BLANCO a éstos últimos, únicamente hasta un monto igual al del valor de su cuota social, a cancelar el valor del cálculo actuarial por el tiempo en que la señora AMPARO DEL ROSARIO ALVAREZ GARCIA no estuvo afiliada al sistema general de pensiones, esto es del 31 de enero del 2011 al 30 de diciembre del 2017, de conformidad con la liquidación que al efecto realice la administradora del fondo pensiones a la cual se encuentre afiliada la actora, con observancia de lo dispuesto en el Decreto 1887 de 1994.

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

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JOSE HERNAN BOLIVAR CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- y PORVENIR S.A. (RAD. 26 2020 00037 01)

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA CAMILA BEDOYA GARCIA en su calidad de representante legal de la firma ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS (folio 19 vto).



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por PORVENIR y COLPENSIONES (fls. 5 a 7 y 16 a 19), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de desatar los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de PROTECCIÓN S.A, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por el Juez 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 5 de abril de 2022 (*Audiencia virtual arts. 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 41:19, archivo "012. GRABACIÓN AUDIENCIA ART 77.mp4" expediente digital*), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** ineficaz el traslado efectuado por el demandante JOSÉ HERNÁN BOLÍVAR, al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** al FONDO DE PENSIONES PORVENIR a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por el demandante, junto con los rendimientos financieros causados, y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas.*
>
> ***QUINTO: CONDENAR** en costas de esta instancia a los fondos de pensiones PORVENIR, fijándose como agencias en derecho la suma de $1.000.000."*

Inconforme con la decisión el apoderado de PORVENIR S.A. presentó recurso de apelación, indicó que si bien existe un precedente jurisprudencial bastante amplio y pacífico en materia del deber de información, también la misma corporación ha indicado se debe estudiar las particularidades concretas de cada uno de los afiliados que pretende se declare ineficaz el traslado de régimen pensional, considera en el caso de objeto de estudio se cumplió a cabalidad con esos protocolos y formalismos necesarios para tener válidamente afiliado al señor demandante a través del formulario de afiliación suscrito en el año 1999.

Añade, en el interrogatorio de parte se concluye una situación particular respecto a la entrega del formulario de afiliación, toda vez que el demandante manifestó que fue entregado a través del empleador. Advierte, la AFP ha dispuesto canales de atención, los cuales no ha utilizado. Así mismo señala PORVENIR realiza de manera permanente exhaustivas capacitaciones y formaciones a sus profesionales que brindan las asesorías a los posibles potenciales afiliados.

De otro lado, manifiesta para el año 1999 no estaba en cabeza de la AFP advertir posibles consecuencias del traslado de régimen pensional, afirma no habérsele puesto de presente al demandante al momento de suscripción del formulario lo referente al régimen de transición, toda vez que, si hubiese estado presente algún funcionario de PORVENIR, tal situación se le informaría y así el demandante hubiera podido contar con esa posibilidad.

Resalta, el desconocimiento de la norma no es causal suficiente para tener como viciado el consentimiento de los afiliados, toda vez que la ley 100 de 1993 es de

amplio conocimiento, afirma, que el actor ha tenido la posibilidad de ampliar la información a través de los canales de información tanto de COLPENSIONES, como de las demás administradoras.

Ahora bien, respecto a la devolución de los rendimientos financieros junto con los gastos de administración, expresa el señor demandante no podría verse beneficiado de unas características privativas del RAIS, pues si se tiene que está vinculado a través del régimen de prima media a lo largo de su historia laboral, claramente pues no le corresponderían los rendimientos financieros, cuyo beneficio resulta ser exclusivo de dicho régimen pensional.

Alude, los gastos de administración y sumas de seguros previsionales no fueron descontados de manera caprichosa, toda vez que PORVENIR adquirió dichos seguros, los cuales no se encuentran a cargo de la AFP. Indica, que la entidad ya no posee esas sumas. Refiere, que en el RPM se realiza un descuento por dicho rubro y no son directamente destinados a la financiación de la pensión, sino que se tratan de los gastos de la misma administración de los aportes a pensión de todos los afiliados, por los cuales se descuenta el aporte voluntario que se realiza mes a mes a los afiliados.

Aunado a lo anterior, menciona que la Superintendencia financiera ha indicado que la orden del traslado se debe hacer al tenor del Decreto 3995 del año 2008, contemplando a las restituciones mutuas cuando se genera una ineficacia o nulidad del traslado de régimen pensional. [1] (*Audiencia virtual arts. 77 y 80 del*

[1] *"**Apoderado PORVENIR (42:12):** Gracias su señoría, siendo uso de esta oportunidad, respetuosamente no apartamos de la decisión de instancia y, en consecuencia, presentó recurso de apelación, solicitando a los honorables magistrados del Tribunal superior de Bogotá en su especialidad laboral, revoquen las condenas impuestas en contra de mi representada, fundamentándome en las siguientes consideraciones.*

Honorables magistrados, si bien es cierto la existencia de un precedente jurisprudencial bastante amplio y pacífico en materia del deber de información, también la misma corporación ha indicado que se deben estudiar las particularidades concretas de cada uno de los afiliados que pretende se declare ineficaz el traslado de régimen pensional, considera mi representada que en el caso de objeto de estudio se cumplió a cabalidad con esos protocolos y formalismos necesarios para tener válidamente afiliado al señor demandante a través del formulario de afiliación suscrito en el año 1999.

Si bien en el interrogatorio de parte pues se deja entre ver que existe una situación bastante particular respecto de la entrega y del formulario de afiliación, manifiesto el señor demandante que es a través de su empleador, lo cierto es que PORVENIR también ha dispuesto una clase de canales de atención, a disposición del señor demandante, los cuales no ha hecho uso, y así mismo debe señalarse que PORVENIR realiza de manera permanente exhaustivas capacitaciones y formaciones a sus profesionales que brindan las asesorías a los posibles, potenciales afiliados y así mismo, se envía esas documentales con la información necesaria, a esos datos suministrados por los mismos afiliados al momento que se suscribe o diligencian ese formulario de afiliación, en el caso objeto de estudio si bien llama la atención las particularidades como se suscribe este formulario, debe decirse que PORVENIR ha entregado la información a los datos de contacto que han sido reposados y consignados en este documento, situación que PORVENIR no podría prever o no podía más bien determinar que no fuesen los correctos del señor demandante, como quiera que es una carga que es

C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 42:12, archivo "012. GRABACIÓN AUDIENCIA ART 77.mp4" expediente digital)

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante ANDRES HUERTAS MOTTA en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la

---

atribuible a los afiliados, como lo ha establecido el decreto 2241 del año 2010, como se reiteró en los alegatos de conclusión al señor demandante pues también se obliga a una series de decretos que obligan a mantener actualizados sus datos de contacto con PORVENIR, así mismo hondar y ampliar la información que ha sido suministrada en un primer momento para que a fin de que estén completamente informados de sus condiciones pensionales.

Como otro punto, debe decirse que para el año 1999 no estaba en cabeza de mi representada pues advertir posible consecuencias de traslado de régimen pensional, también es que la condición de haber sido cobijado dentro del régimen de transición, fue una situación que deja entre ver dentro del interrogatorio de parte, que no se le pudo poner de presente al señor demandante, como quiera que es a través del empleador quien se suscribe o más bien que le suministra este formulario de vinculación, pues si hubiese estado presente este funcionario de PORVENIR, muy seguramente se le hubiese puesto de presente tal situación y en consecuencia, el señor demandante hubiera podido contar con esta posibilidad.

Como otro punto, pues debe decirse que el desconocimiento de la norma, no es causal suficiente pues para tener como viciado el consentimiento de los afiliados, la ley 100 de 1993, es de amplio conocimiento y como pues si bien se ha establecido por el código civil, no resulta ser pues un eximente o una situación que condicione el consentimiento de los afiliados, las normas están de público conocimiento, el señor demandante pues ha tenido toda la posibilidad de ampliar la información, o informarse de la ley 100 de 1993, pues bien sea a través de PORVENIR o de los canales de información que disponen tanto COLPENSIONES como las demás administradoras de este régimen de ahorro individual.

Como otro punto, pues de mi apelación, nos apartamos respetuosamente de devolver los rendimientos financiaros junto con los gastos de administración, porque si bien la figura jurídica de la ineficacia, contempla que las cosas se deben retrotraer a su estado inicial, es claro que el negocio jurídico pues no se realizó, el señor demandante no podría verse beneficiado de unas características privativas del régimen de ahorro individual, pues si se tiene que está vinculado a través del régimen de prima media a lo largo de su historia laboral o de su vida laboral, claramente pues no le corresponderían estos rendimientos financieros, cuyo beneficio resulta ser exclusivo de este régimen pensional.

También pues los gastos de administración y sumas por seguros provisionales concentrados en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, no fueron descontados de manera caprichosa, los mismo están dispuestos en la misma norma y pues PORVENIR adquirió una serie de seguros previsionales, los cuales ya no se encuentran en cabeza de mi representada, y los gastos de administración como bien se ha dicho sean descontado mes a mes, por lo tanto PORVENIR ya no posee esas sumas, debe recordarse que también en el régimen de prima media se hace un descuento por este rubro y no están directamente destinados a la financiación de la pensión, sino son unos gastos por la misma administración de los aportes a pensión de todos los afiliados, por los cuales se deben incurrir y se debe descontar del aporte voluntario que se realiza mes a mes los afiliados.

Al respecto también al Superintendencia financiera ha indicado que estos descuentos o más bien esta orden de traslado se debe hacer al tenor del decreto 3995 del año 2008, en su artículo 7, disposición normativa que ha contemplado las restituciones mutuas que se deben realizar cuando se genere una ineficacia o nulidad de un traslado de régimen pensional.

Bajo estos argumentos y reservándome el derecho de ampliar los mismos en el correspondiente traslado que conceda el Tribunal Superior presento mi recurso de apelación, solicitando pues a su señoría sea concedido. Muchas gracias."

demanda *(Páginas 5 y 6, archivo "001.11001310502620200003700.pdf", expediente digital)* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo *(Página*s 6 a 8, *archivo "001.11001310502620200003700.pdf", expediente digital)*, aspirando se declare la nulidad de afiliación efectuada al RAIS a través de PORVENIR S.A, por el incumplimiento de los deberes legales de información al demandante, los cuales generaron un error de hecho que vició su consentimiento; se declaré que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RPM; en consecuencia se condené a PORVENIR a registrar en el sistema de información de los fondos privados que la afiliación del actor al RAIS estuvo viciado de nulidad por error de hecho; también a ordenar el traslado de la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos con destino a COLPENSIONES, a esta última activar la afiliación en pensión del actor; a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró ineficaz el traslado efectuado por el actor al RAIS; condenó a PORVENIR S.A a transferir la totalidad de los aportes realizados por el actor, junto con los rendimientos financieros causados, y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración con destino a COLPENSIONES, y a ésta entidad aceptar dicha transferencia y contabilizar para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante; condenó en costas y agencias en derecho. Fundamentó su decisión en la línea jurisprudencial instituida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en las que se estableció el alcance del deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen cuando las AFP no acaten ese deber y por ende no se acredite la existencia de un consentimiento informado, situación que en autos no se acreditó.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio

antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[2].

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 21 de octubre de 1952 *(Página 21, archivo "001.11001310502620200003700.pdf", expediente digital)*, por lo que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, al 1° de abril de 1994, contaba con 41 años de edad, quedando claro que, en principio, es beneficiario del régimen de transición; sin embargo, teniendo en cuenta el traslado de régimen efectuado por el demandante el **22 de junio de 1999** con fecha de efectividad el **01 de agosto de 1999,** por afiliación que hiciera a PORVENIR y que para la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 contaba con 167,86 semanas, que corresponden a 3,21 años *(Página 70, archivo "007. CONTESTACION PORVENIR 21.09.2021.pdf", expediente digital),* no cumplía con el requisito para mantener el beneficio transicional pese a su traslado, esto es 15 años de servicio antes de entrar en vigor el nuevo sistema de seguridad social, de conformidad con lo señalado en la sentencia C-789 de 2002, por lo que resulta procedente el estudio del traslado de régimen pensional y la conservación del beneficio transicional con base en la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, desde luego si hay lugar a declararla.

No obstante lo anterior, es con fundamento en la ausencia del suministro de información que pretende el demandante a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **22 de junio de 1999 con fecha de efectividad 1° de agosto de 1999**[3], específicamente conforme a la información consignada en el formulario de afiliación a PORVENIR y en el reporte SIAFP.

---

[2] En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

[3] Expediente digital. Página 71 Reporte SIAFP y formulario de vinculación a PORVENIR, Página 64, archivo "007. CONTESTACION PORVENIR 21.09.2021.pdf"

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada, y que ésta fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal información debe ser objetivamente verificable, en el entendido de que aquél debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión *"libre y voluntaria*" contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura. Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

> *«Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.*
>
> *Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute**, es eficaz**, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.*
>
> *Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*
>
> *El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias.»*

En tal sentido, *"es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez"* (SL1688 de 2019).

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc[4], en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico. Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

> *"(…)*
>
> *De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:*
>
> > *Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).*
> >
> > *En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*
>
> ***Entonces, según la norma precedente, 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.*

Frente a este respecto, además, esa alta Corporación en sentencia SL-1948 de 2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (*vuelta al status quo ante*, art. 1746 CC). Así, discurrió

> *"**1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen***
>
> *Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a*

[4] Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.

Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (…) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».

De ahí que le corresponda a la Sala precisar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto.

Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC).

[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral […] la afiliación respectiva quedará sin efecto».

Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019)".

En ese orden, no se trata de analizar la presencia de vicios que conlleven a la nulidad del negocio jurídico, sino de establecer el cumplimiento del deber de información como condición de eficacia del traslado de régimen pensional, razón por la cual, no se requiere la acreditación en este juicio de la presencia de vicios que invaliden el consentimiento.

Así pues, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales.

De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado,* por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la

información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011[5], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

---

[5] *"Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.*

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la "ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA", en donde se señala una mesada pensional de $900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el "RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL", es de $1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

"Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

"En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

"Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

"Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

"El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.
"(…).
"Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

"Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

"Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

"La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

"La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

"Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

"Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

"Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de

sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

> *"(…)* ***Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.***
> *(…)*
> *Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*
> *(…).*
> *Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, 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*

---

pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

"En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña".

"Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales".

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta 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.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

> *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.*
> ***Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego.*** *A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (…)"*

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen el demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al hoy accionante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado, que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante[6] no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, en tanto aseveró que al momento de iniciar su trabajo el empleador le allegó el formulario y le dijo que lo firmará, sin tener conocimiento que ya no estaría en COLPENSIONES, por lo cual no tuvo asesoría respecto a las características del régimen, aduce, que hasta que empezó a trabajar en la empresa MOVIL S.A.S el día 25 de junio de 2012 le es informado que se encuentra afiliado a PORVENIR, asegurando que quien intervino en la afiliación fue directamente su nuevo empleador y en ese orden para la Sala los argumentos del accionante solo reafirman el incumplimiento de la AFP de sus deberes legales como administradora de pensiones, pues denotan la ausencia de una asesoría real y efectiva por parte de esa entidad al demandante para efectuar el traslado de régimen, pues aunque no mediaron en la afiliación a través de sus asesores, igual le dieron trámite a la misma.

Tampoco luce acreditado con el interrogatorio del representante legal[7] de la demandada PORVENIR, pues se limitó a indicar que los asesores son permanentemente capacitados para brindar información idónea, completa y veraz a los afiliados, por lo cual es una obligación brindar la asesoría de manera verbal

[6] Audiencia virtual realizada el 10 de diciembre del 2021, audio No. 11, minuto 6:12 expediente digital.
[7] Audiencia virtual del 07 de abril de 2022, récord 27:05

para esa época, además que el formulario de afiliación era el único documento que se suscribía.

Valga anotar, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A *(Página 64, archivo "007. CONTESTACION PORVENIR 21.09.2021.pdf", expediente digital),* este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

Respecto al comunicado de prensa *(Páginas 74 a 76, archivo "007. CONTESTACION PORVENIR 21.09.2021.pdf", expediente digital)* es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora –PORVENIR- no logró demostrar, como era su deber, que suministró al convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración al demandante al momento de trasladarse, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se deja constancia expresa en el sentido de su decisión de vincularse a esa AFP de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.

Aquí también debe resaltar esta Sala, que para la época del traslado ya se encontraba vigente el deber de información. Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que el deber de información subsiste desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y, por ende, se estableció en cabeza de los fondos privados el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que puedan tomar decisiones informadas.

Así por ejemplo, en sentencia SL1688-2019 reiterada en la SL-3708-2021 y SL-3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

> ***"1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***
>
> ***1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.***
>
> *El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).*
>
> *De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.*
>
> *Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.*
>
> *…*
>
> *En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*

> *De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.*
>
> *Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*

Además, ilustró las diferentes etapas del deber de información, así:

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 1.° 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 3.°, 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 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Como se ve, ya para el año 1999, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a la potencial afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (**22 de junio de 1999, efectivo el 1° de agosto de 1999** el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, **en especial, la pérdida del**

beneficio del régimen de transición y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Consecuente a lo anterior también es procedente ordenar el traslado por parte de la administradora de pensiones PORVENIR a la que se encuentra actualmente afiliado el actor el saldo existente en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y gastos de administración, así como la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, como lo dispuso la a quo, debiendo confirmar la sentencia de primer grado en este aspecto.

Asimismo, advierte la Sala, en punto a la apelación de PORVENIR los gastos de administración y el porcentaje dirigido a financiar las prestaciones por invalidez y sobrevivencia, surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado resulta claro que los mismos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de vinculación del actor vuelven a su estado inicial, es decir es como si dichos gastos y seguros no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del actor a Colpensiones, incluyendo, como ya se dijo, las sumas correspondientes a los gastos de administración y seguros previsionales.

Así fue consignado en sentencia SL 2914 del 22 de julio del 2020 de la CSJ Sala Laboral, que reitera la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, en la cual se asentó:

> *"Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.*
>
> *[…]*
>
> *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 ésta 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.***
>
> *Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada."*

Igualmente, en la sentencia SL1421-2019, Radicación N° 56174 del 10 de abril de 2019, se expuso:

> *"Conforme a lo establecido en sede de casación, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, que la actora jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de igual forma, que el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 (…)".*

Aquí resulta pertinente acotar, de cara a la alzada propuesta por PORVENIR que el concepto emitido por la Superintendencia Financiera no resulta vinculante, y en todo caso, la determinación de devolver los gastos de administración no resulta caprichoso, sino que, se itera, es consecuencia de la aplicación de los efectos de la declaratoria de ineficacia.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de Consulta[8] *(Página 5, archivo 6 expediente digital)* basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar

[8] Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 14 de febrero de 2022, archivo 9 expediente digital.

no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática. Es de anotar en este punto, dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de sumas adicionales, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción, haciendo inoperante el fenómeno extintivo frente a las mismas.

Sobre esto último, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2611, Radicación N° 67972 del 1° de julio de 2020, ha señalado que las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones, hace inoperante dicho fenómeno extintivo frente a los mismos. Puntualmente dijo esa Corporación:

> *"…recientemente, en la sentencia CSJ SL1421-2019, tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto, sosteniéndose que en materia del derecho del trabajo y la seguridad social, las disposiciones que gobiernan la extinción de la acción son los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, que consagran un periodo trienal para que opere ese fenómeno; sin embargo, se adujo que tal normativa no resulta aplicable a los casos de ineficacia del traslado, por cuanto se trata de una pretensión de carácter declarativa, que es precisamente lo que sucede en el sub examine, en la aludida providencia se dijo:*
>
> > *Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que* ***las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo,*** *en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.*
> >
> > *De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el trascurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.*

> *Conforme a lo discurrido, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, (…)"* (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Agotada la competencia de la Sala habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta y resueltos los puntos de apelación conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado de conformidad con las precisiones señaladas.

SIN COSTAS, en esta instancia.

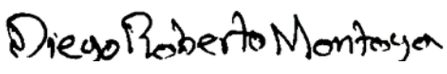
En mérito de los expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C**., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

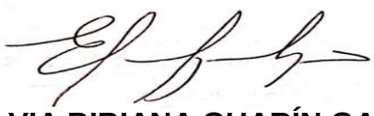
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

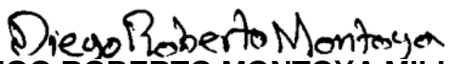
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIA DE LAS MERCEDES PEÑA BERNAL CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- (RAD 26 2021 00051 01)

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo dos mil veintidós (2022)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA CAMILA BEDOYA GARCIA en su calidad de representante legal de la firma ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS (folio 9).



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por ambas partes mediante correos electrónicos del 15 de marzo del 2022 (fls 3 a 9), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 profieren la siguiente,

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y el grado jurisdiccional de Consulta en su favor, contra la sentencia proferida por la Juez 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 8 de febrero del 2022 (Audio Archivo 17, record: 31:32), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** que la señora MARÍA DE LAS MERCEDES PEÑA BERNAL identificada con cedula de ciudadanía N° 51.648.705 tiene derecho a la reliquidación de pensión de vejez aplicando una base de remplazo equivalente a 78.78% del ingreso base de liquidación, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión de vejez a favor de la demandante a partir de 2018 y hasta cuando se efectué el pago de la diferencias pensionales causadas, calculándose hasta el mes de enero de 2022 con una tasa de remplazo correspondiente al 78.78% con un valor de la mesada para el año 2018 de $3.968.832, 2019 $4.095.040, 2020 $ 4.250.652, 2021 $ 4.236.850 y para el año 2022 $4.561.800, lo cual arroja un retroactivo pensional en la suma de $3.340.082 autorizándose COLPENSIONES a efectuar los correspondientes descuentos por salud.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** a la demandada a reconocer y pagar la suma adeudada y debidamente indexada.*
>
> ***CUARTO: CONDENAR** en costas de esta instancia a la demandada COLPENSIONES; Fijándose como agencias en derecho la suma de $800.000.*
>
> ***QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas.*
>
> ***SEXTO: ABSOLVER** a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.**"***

Inconforme con la decisión la apoderada de la demandada interpuso recurso de apelación, aduciendo apartarse de la decisión del juzgado de primer grado, en tanto Colpensiones para obtener el ingreso base de liquidación del accionante dio aplicación al artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y para el monto de la mesada pensional se definió de acuerdo con lo establecido en el artículo 10 de la ley 797 de 2003 por el cual se modifica el artículo el artículo 34 de la ley 100 de 1993, señalando el ingreso de liquidación fue de $5.037.868 al que se le aplicó una tasa de reemplazo del 77.28%, precisando el recurrente poseer el actor 1878 semanas correspondería agregarle un 16.5%, no obstante señala el incremento máximo solo puede ser del 15% y por ello la tasa aplicable debe ser la mencionada, por lo que considera la demandada ha venido actuando conforme a derecho con apego a las normas que reglan la materia, solicitando se revoque la decisión (Audio Archivo 17, record: 33:27[1])

[1] **Apoderada COLPENSIONES:** Gracias su señoría, respetuosamente me permito interponer recurso de apelación para que los Honorables magistrados de la sala laboral, revoquen en su integridad la sentencia proferida por el a quo y en consecuencia absuelva a mi representada de las condenas impuestas dentro de la providencia dictada el día de hoy, y esto teniendo en cuenta inicialmente señores magistrados que tal y como se puede evidenciar por la resolución SUB 316101 del 3 de diciembre del 2018, se ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor pues de la demandante, y tal y como se indicó en cuantía inicial como tal de $3.893.264 y fue efectiva a partir del 1°de diciembre de 2018, con 1.878

semanas cotizadas al sistema general de pensiones, con un IBL de 5.037.868 a la cual se le dio una aplicación a la tasa de reemplazo del 77,28% en aplicación de la ley 797 del 2003.

En el mismo sentido, y como se puede evidenciar mediante la resolución SUB 21083 del 24 de enero de 2019 y DIR 322 del 04 de febrero del 1029, se resolvieron como tal los recursos, recursos que había interpuesto inicialmente la demandante ante esta administradora y las misma fueron confirmadas mediante la resolución SUB 31601 del 2 de diciembre de 2018, en ese entendido como se puede evidenciar mediante la SUB 191888 del 19 de julio de 2019, pues negó la reliquidación de la pensión de vejez a favor de la actora, inicialmente se tiene que pues la demandante para el año 2021 tiene una mesada aproximada de $4.236.851.

Con respecto como tal a la liquidación pensional que también se aduce dentro de la sentencia proferida por el a quo, se tiene que pues inicialmente y que pues no es situación de controversia es que la demandante cotizó al sistema 1.878 semanas, que la misma nació el 13 de noviembre de 1961 y pues que cumple con la edad requerida para el reconocimiento de la pensión de vejez. En ese entendido y tal como lo establece el artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 99 de la ley 797 del 2003, se indicó que los requisitos para obtener la pensión eran tener 55 años de edad para la mujer y 60 años para el hombre, a partir del 1 enero del año 2014 la edad se incrementaría a 57 años de edad para la mujer y 62 años para el hombre, a partir del 1 de enero del año 2005 el número de semanas se incrementaría. En ese sentido que en el 2005 cada uno se va a incrementando a 1.050, el 2006 a 1.75, 2007 a 1.100 y bueno ya llegar a las 1.300 para el año 2015, que de acuerdo como se indicó y que también fue uno de los argumentos de la sentencia se tiene que tener en cuenta el artículo 21 de la ley 100 de 1993, la cual se estableció, me permito abrir comillas:

“Se entiende por ingreso base para liquidar la pensión previstas en esta Ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si éste fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo.”

Igualmente, y en cuanto se indicó sobre el monto de la prestación se hizo la prestación correspondiente en cuanto el artículo 10 de la ley 797 de 2003, el cual modificó el artículo 34 de la ley 100 de 1993, en los siguientes términos:

“A partir del 1o. de enero del año 2004 se aplicarán las siguientes reglas:
El monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas, será del equivalente al 65%, del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente:
r = 65.50 - 0.50 s, donde:
r =porcentaje del ingreso de liquidación.
s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A partir del 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo. El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima.”

En ese entendido, señores magistrados y en cuanto también verificando ingreso base de cotización de la prestación que se nos ocupa, tiene que darse aplicación a los artículos 18 y 19 de la ley 100 de 1993, y también pues de acuerdo a lo que se puede establecer en cuanto los requisitos en el artículo 365 del acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad. En ese entendido, pues se tiene que tener de acuerdo al IBL arrojado es decir, de los $5.037.868 y tal y como se ha indicado en precedencia, dentro de los alegatos no da por el 77.28 dándonos igual $3.893.264, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, efectuó las dos liquidaciones, las cuales se pueden evidenciar dentro del acto administrativo adjunto por la pasiva, en el cual se evidenció que el valor del IBL número 1, era más favorable para la demandante, esto también de acuerdo a los cálculos aritméticos realizados por la administradora.

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante MARIA DE LAS MERCEDES PEÑA BERNAL, las pretensiones elevadas en el Archivo 4 del expediente digital páginas 5 y 6, las cuales encuentran sustentó fáctico en los hechos narrados en las páginas 4 y 5 ibídem, solicitando principalmente se condene a la demandada a reliquidar el valor de la pensión de vejez reconocida a partir

---

Ahora, con respecto al porcentaje del 79.62%, pues la misma no procede, de acuerdo al cálculo que se había indicado en precedencia, que me permitiré confirmar de la siguiente forma: como se había indicado r = 65.50 - 0.50 s, donde: r =porcentaje del ingreso de liquidación. s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes. Entonces tomando el IBL para el 2018, como lo habíamos dicho era $5.037.868, para el año 2018 se estableció que el salario mínimo para dicha data era de $788.242, por lo cual dando aplicación a la formula citada tenemos: $5.037.868, dividido por el salario mínimo que nos daría $781.242, dando un total de $6.485 salarios mínimos, dándole aplicación a la regla que se da para la ley 100 de 1993, es igual a 65.5 menos 0.5, bueno se multiplica por 6,4485, que fue lo que nos dio con anterioridad con los salarios mínimos, donde nos da igual a 65.5 menos 3.22, arrojando un total de 62.28. En ese entendido y tal y como también lo manifestó la ley se indicó lo siguiente:

"A partir del 2005 por cada 50 semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo.

El porcentaje máximo posible a sumar en sí o de acuerdo a lo que se indicó es el 15% y el total máximo del IBL es del 80%, en el caso particular señores magistrados, tal y como se manifestó anteriormente, tenemos que son 1.878 semanas que comprenden al 16.5%, sin embargo, tal y como se manifestó el porcentaje máximo para sumarle a este cálculo es del 15%, por lo cual el porcentaje correspondiente quedaría de la siguiente manera:

El total del porcentaje sería el 62.42 más el 15%, el cual nos arrojaría un 72,28, por lo cual verificando el IBL para el caso en concreto, que en este caso sería $5.037.868, lo dividimos entre el valor del salario mínimo para el año que corresponda, el 2018, de $781.242, lo multiplicamos por el 6,4485 y el producto de la operación pues lo restamos al 65.5 que vendría siendo el 62.28, este resultado corresponde como tal a la base respecto del cual iniciamos a incrementar el porcentaje a aplicar, según el número de semanas cotizadas de más, pues sobre el mínimo establecido en la ley, que pues verificando sobre lo mismo corresponde a 550 semanas, las cuales pues tampoco es un tema de discusión y se tiene que establecer tal y como dijo la norma.

En este sentido es que, por cada 50 semanas adicionales mínimas cotizadas, tendría derecho a un porcentaje del 1,5, de lo cual, pues se tiene que arrojar el 15% y como se indicó para dar un total del 77,28%, como una tasa de reemplazo. Así mismo y como se puede evidenciar dentro de los actos administrativos pues esta administradora no erro respecto al cálculo que se le realizó a la parte demandante, ya que la misma esta ajustada de acuerdo a la normatividad aplicada para el presente caso.

Así mismos también se le hizo las diferentes operaciones aritméticas, en cuanto a los 10 últimos años de servicio y de acuerdo también a todo el tiempo laboral, lo cual se evidencia que a la demandante pues obviamente le favorece los últimos 10 años. En ese sentido señores magistrados pues se puede denotar que la reliquidación no operaria dentro del presente asunto, ya que no existen valores realmente adicionales a favores de la demandante. En ese sentido nuevamente dejo presentado mi recurso de alzada, solicitándole muy respetuosamente a los honorables magistrados revoquen la sentencia, absuelven a mi representada, y condene en lo que resulte en el presente asunto. Muchísimas gracias.

del 1° de diciembre del 2018 teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 79.62% de manera indexada y hasta cuando se verifique el pago, junto con los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, derechos *ultra y extra petita,* y costas procesales*.* **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones** pues se accedió a la reliquidación pretendida, tras considerar la *a quo* que dada la densidad de semanas cotizadas por la actora, esta tenía derecho a la aplicación de una tasa de reemplazo del 78.78%, liquidando la prestación con una mesada inicial de $3.968.832 a partir del 2018 (*sin allegarse al expediente la liquidación correspondiente*), absolviendo de los intereses moratorios al no existir mora en el pago de las mesadas pensionales, condenando a la indexación de las sumas adeudadas y declarando no probada la excepción de prescripción.

Así las cosas, sea lo primero indicar, no es objeto de discusión en esta instancia que la actora se encuentra pensionada conforme lo señala la Resolución SUB 316101 del 3 de diciembre del 2018 (Archivo 7 expediente administrativo), acto administrativo en el que se señaló como IBL $5.037.868 y una tasa de reemplazo del 77.28% para un valor de mesada pensional de $3.893.264 a partir del 1° de diciembre del 2018.

En este orden de ideas como quiera que la prestación pensional de la demandante se otorgó en virtud de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003, teniendo en cuenta el IBL de los 10 últimos años por ser el más favorable y atendiendo lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, situaciones que no son objeto de reproche por ninguna de las partes, se procede a la verificación de la suma otorgada en su momento por la pasiva para con ello establecer si se encuentra correcto el valor obtenido, quien alega haber reconocido la pensión de vejez ajustada a derecho.

Así las cosas, en lo que toca a la tasa de reemplazo aplicable al caso de autos, valga anotar, esta se debe liquidar de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, norma que en su tenor literal dispone:

> *"**ARTÍCULO 34. MONTO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ.** El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1.000 semanas de cotización, será equivalente al 65% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.000 hasta las 1.200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización al 73% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.200 hasta las 1.400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación.*
>
> *El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el artículo siguiente.*
> *A partir del 1o. de enero del año 2004 se aplicarán las siguientes reglas:*
>
> *El monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas, será del equivalente al 65%, del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente:*
>
> *r = 65.50 - 0.50 s, donde:*
> *r = porcentaje del ingreso de liquidación.*
> *s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.*
>
> *A partir del 2004, el monto mensual de la pensión de vejez será un porcentaje que oscilará entre el 65 y el 55% del ingreso base de liquidación de los afiliados, en forma decreciente en función de su nivel de ingresos calculado con base en la fórmula señalada. El 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 semanas. Adicionalmente, el 1o. de enero de 2006 se incrementarán en 25 semanas cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.*
>
> ***A partir del 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo**. El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima."*

De conformidad con la regulación en cita, la tasa de reemplazo corresponderá a la suma del valor que resultare de la aplicación de la fórmula allí prevista y la cifra adicional que se obtenga de aplicar el 1,5% por cada 50 semanas cotizadas de manera adicional a las mínimas requeridas para acceder al derecho pensional, si las hubiere.

Adicional a lo anterior, si bien el accionante cuenta con 1878,57 semanas de cotización para el año 2018 (ver historia laboral Archivo 7 expediente administrativo) acorde a la interpretación de tal norma el monto de la pensión no puede superar el 80% del IBL y ese orden solo podrán ser validas hasta máximo **1800 semanas en total**, es decir, solo se pueden adicionar 500 semanas a las 1300 exigidas por la ley, en aras de obtener la tasa de

reemplazo teniendo en cuenta la formula decreciente señalada en la citada norma.

Sobre este punto la Máxima Corporación en sentencia de la Sala de Casación Laboral –SL 3207 del 18 de agosto del 2020- indicó:

> *" (...) el derecho pensional que le acude se causa de conformidad a los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, que exigen 62 años de edad para los hombres y 1300 semanas de cotización, con una tasa de reemplazo que oscilará entre el 65 % y el 55 % del IBL, la cual será incrementada en 1.5 % por cada 50 semanas adicionales a las mínimas requeridas, «llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5 % de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización» como lo indica el inciso final del artículo 10º de la Ley 797 de 2003.*
>
> *Por lo cual, es necesario aclarar que para efectos del cálculo de la primera mesada pensional no se accederá a la tasa de reemplazo reconocida por la primera instancia, en razón a que el Juez no tuvo en cuenta que la fórmula decreciente expuesta en el artículo 10 de la Ley 797 de 2003 no solamente aplica para efectos de la base porcentual inicial, sino también para el cómputo del incremento adicional para llegar al tope máximo pensional, que oscilará entre el 80 y el 70.5 %* ***a partir de un máximo de 500 semanas después de las 1300 mínimas requeridas*** *y no de manera abierta hasta agotar las que reporte el afiliado, pues ello rompería el equilibrio matemático en el que fue concebida la ley en comento.* (Subrayas y negrillas fuera de texto)
>
> *(...)*
>
> ***2. Cálculo de la primera mesada pensional***

I B L - DIEZ ULTIMOS AÑOS		=		**$ 9.344.721**	
FECHA DE PENSIÓN		=		**1/11/2017**	
FÓRMULA DEL % DE PENSIÓN		=		**r = 65,5 - 0,5 x s**	
	Disminución en el %	=			
	IBL	=	*$ 9.344.721*		
	SMLV - 2017	=	*$ 737.717*		
	Factor	=	*12,67*		
	Factor parte entera	=	*12*		
	Desc. por c / SMLV en el IBL	=	*0,5*		
	Disminución total	=	***6,00***		
	Incremento en el %				
	Semanas cotizadas	=	*1.890,00*		
	Semanas validas	=	*1.800,00*		
	Semanas Requeridas - 2017	=	*1.300,00*		
	Excedente semanas	=	*500,00*		
	Grupo de semanas	=	*50*		
	Factor	=	*10,00*		
	Factor parte entera	=	*10*		
	Inc. por c / 50 sem. Adic.	=	*1,5*		
	Incremento total	=	***15,00***		
PORCENTAJE DE PENSIÓN		=		**65,5 - 6,00 + 15,00**	
PORCENTAJE DE PENSIÓN		=		**74,50**	Por ciento
VALOR PRIMERA MESADA		=		**$ 6.961.817**	

De esta manera al realizar las operaciones aritméticas correspondientes, con el apoyo del Grupo liquidador creado por el Consejo Superior de la Judicatura, las cuales se incorporan como parte integrante de esta sentencia, anexándolas al

plenario, teniendo en cuenta un IBL de **$5.037.868** no discutido por la parte actora, se determina la Tasa de Reemplazo conforme lo dispuesto por el artículo 34 de la Ley 100 de 1993 y el aparte jurisprudencial citado, así:

Calculo Tasa de Reemplazo 2018				
IBL / SMMLV	*$ 5.037.868,0*	*$ 781.242,0*	*6,4485*	
No. SMMLV*0,5		*6,4485*	*3,224268537*	
65,50%	*-*	*3,2243*	***62,2757***	
Semanas adicionales a 1300-1800		*500*		
500 / 50 * 1,5		*15*		
62,28%	*+*	*15,00%*	***T. R.***	***77,28%***

Conforme a lo anterior y contrario a lo referido en primera instancia la TASA DE REEMPLAZO que se debe aplicar a la actora es del **77.28%**, igual a la tenida en cuenta por Colpensiones en el acto administrativo SUB 316101 del 5 de diciembre del 2018 y no del 78.78% dispuesta por la *a quo*, pues como se señaló, únicamente se pueden tomar 500 semanas adicionales a las 1300.

De modo que aplicando dicha tasa de reemplazo al IBL obtenido por COLPENSIONES –*no discutido por la actora*- se tiene como valor de primera mesada pensional la suma de $3.893.049,35 para el 2018, cifra inferior a la otorgada por la pasiva que lo fue de $3.893.264.

Primera Mesada Pensional 2018	
Ingreso Base Liquidación	***$ 5.037.868,00***
Porcentaje aplicado	***77,28%***
Primera mesada	***$ 3.893.049,35***

Razón por la cual, y al ya haberse dispuesto por COLPENSIONES la tasa de reemplazo conforme a lo establecido en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993 sin que pueda incrementarse la que por ley le corresponde a la demandante, no pueden hallar prosperidad los anhelos de esta demanda.

De ésta manera se agota la competencia de la Sala, por el estudio de los argumentos expuestos por COLPENSIONES en la alzada, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta, procediendo a la revocatoria de la sentencia para en su lugar ABSOLVER a la ADMINISTRADORA

COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES - de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Sin **COSTAS** en esta instancia. Se revocan las de primer grado, las cuales corren a cargo de la parte demandante.

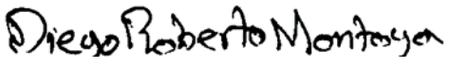
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida en primera instancia para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada, **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -**, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la señora **MARIA DE LAS MERCEDES PEÑA BERNAL.**

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Se revocan las de primer grado, las cuales corren a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ANA MARIA LINARES ARSQUE CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PORVENIR S.A Y COLFONDOS S.A (RAD. 26 2021 00188 01)

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante (fl. 5), y PORVENIR S.A (fls. 6 a 14), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de desatar el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de PORVENIR S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de la sentencia proferida por la Juez Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 23 de febrero de 2022 (*Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 50:06, audio archivo 14, expediente digital),* en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** ineficaz el traslado efectuado por la demandante ANA MARÍA LINARES al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** al FONDO DE PENSIONES COLFONDOS a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por la demandante, junto con los rendimientos financieros causados, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

> ***TERCERO: CONDENAR*** *al FONDO DE PENSIONES PORVENIR a que transfiera a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES los dineros descontados por gastos de administración del tiempo en que la demandante estuvo afiliada a dicho fondo, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***CUARTO: CONDENAR*** *a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***QUINTO: DECLARAR*** *no probadas las excepciones propuestas.*
>
> ***SEXTO: CONDENAR*** *en costas de esta instancia a los fondos de pensiones COLFONDOS y PORVENIR fijándose como agencias en derecho la suma de $1.000.000, que corresponde al 50% a cada uno de las entidades señaladas.”*

Inconforme con la decisión el apoderado de PORVENIR S.A la apeló, manifestando en el presente caso no debió haberse declarado la ineficacia del traslado, teniendo en cuenta que su representada cumplió a cabalidad con todas las obligaciones que estaban vigentes para el momento del traslado, tal y como lo ha señalado la Superintendencia financiera a través de varios conceptos, donde expresó el deber de las administradoras de poner a disposición de los afiliados las herramientas financieras que le permitan conocer las consecuencias del traslado, solamente hasta la vigencia del decreto 2241 del 2010, por lo que en el presente caso al realizarse el traslado de régimen de la señora demandante en el año 2001, para esta fecha no estaba vigente esta obligación y esta medida no sería procedente declarar la ineficacia del traslado.

En relación a la condena de la devolución de los gastos de administración, señala su improcedencia pues durante el tiempo de afiliación de la demandante con dicha AFP los mismos se generaron en cumplimiento del deber legal establecido el artículo 20 de la ley 100 de 1993, y donde se señala la obligatoriedad de las administradoras de los fondos de pensiones del régimen de ahorro individual de descontar unos porcentajes por lo que considera que la orden de su devolución es desproporcionada, teniendo en cuenta que se efectuaron en cumplimiento de la ley. (*Audiencia virtual*

realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 51:23, audio archivo 14, expediente digital)[1]

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (páginas 5 y 6 Archivo 1 expediente digital) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (Ibídem, páginas 1 a 5), aspirando se declare la nulidad de la afiliación efectuada del RPM al RIAS el 31 de enero del 2001 a la AFP PORVENIR, como también la nulidad de la afiliación a COLFONDOS, en consecuencia, se ordene a COLFONDOS retornar todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos

[1] "Yo señora juez, estando dentro de la oportunidad procesal pertinente, me permito interponer recurso de apelación en contra de la decisión que acaba de ser proferida, considerando pues que en el presente caso no debía haberse declarado la ineficacia del traslado, teniendo en cuenta que mi representada cumplió a cabalidad con todas las obligaciones que estaban vigentes para el momento del traslado, tal y como lo ha señalado el ente regulador de las administradoras de pensiones, esto es la Superintendencia financiera a través de varios conceptos, como el concepto de radicación 2015 123 910, del 29 de diciembre de 2015, donde ha señalado que es claro el deber de las administradoras de poner a disposición de los afiliados las herramientas financieras que le permitan conocer las consecuencias del traslado, solamente hasta la vigencia del decreto 2241 del 2010.

De igual manera mediante concepto de radicación 2017 056 668 001 del 12 de junio de 2017, la superintendencia indicó "la obligatoriedad de ofrecer una asesoría entendida como la información clara, cierta, comprensible y oportuna de las condiciones de su obligación de manera tal que el consumidor financiero pueda (inaudible), se encuentra expresamente consagrada a partir del 1 de julio de 2010, fecha de entrada en vigencia del decreto 2241 del 2010.

Teniendo en cuenta los conceptos y la posición de la superintendencia financiera consideramos que, en el presente caso, al realizarse el traslado de régimen de la señora demandante en el año 2001, pues para esta fecha no estaba vigente esta obligación y esta medida no sería procedente declarar la ineficacia del traslado.

Y de igual manera, se presenta un reparo en la parte resolutiva del fallo, en relación a la condena a mi representada de la devolución de los gastos de administración, pues estos gastos fueron efectuado por parte de PORVENIR, durante el tiempo de afiliación de la demandante con mi representada en cumplimiento del deber legal, el cual ha establecido el artículo 20 de la ley 100 de 1993, y donde se establece la obligatoriedad de las administradoras de los fondos de pensiones del régimen de ahorro individual de descontar unos porcentajes y destinarlos a ciertos (inaudible), gastos de administración, esta medida pues en cumplimiento de esta ley fue que mi representada efectuó el descuento de esto conceptos y por este motivo consideramos que la orden de su devolución pues es desproporcionada, teniendo en cuenta que mi representada los efectuó pues en cumplimiento de la ley.

Con base en lo anterior, solicitamos respetuosamente a los Honorables Magistrados del Tribunal superior de Distrito judicial sea revocada la sentencia y absuelva a mi representada de las condenas. Muchas gracias."

pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado a COLPENSIONES, así mismo se ordene a ésta entidad a recibirla y mantenerla como afiliada sin solución de continuidad. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional realizado por el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad; se condenó a COLFONDOS a transferir a COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por la demandante sin lugar a descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, a PORVENIR a transferir a COLPENSIONES los dineros descontados por gastos de administración, como también a que ésta última acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales la semanas cotizadas por la demandante, y condenó en costas a Porvenir y Colfondos.

La *a quo* fundamentó su decisión en la línea jurisprudencial instituida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la que se estableció el alcance del deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen cuando las AFP no acaten ese deber y por ende no se acredite la existencia de un consentimiento informado, señalando dentro de autos ello no se demostró.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[2].

[2] En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento 3 de julio de 1967 (páginas 109 y 110 Archivo 1 expediente digital), por lo que la edad de 57 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2024, procediendo a solicitar su traslado mediante peticiones elevadas ante PORVENIR y COLPENSIONES los días 9 y 13 de octubre del 2020 (páginas 118 a 131 Archivo 1 expediente digital) esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional -tenía 52 años-; de otra parte, se tiene, la actora no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues no obra prueba de los aportes realizados hasta dicha data, en tanto la historia laboral aportada por Colpensiones solo acredita cotizaciones a partir del 10 de julio de 1995 (Archivo 5 pagina 40), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **31 de enero del 2001 con fecha de efectividad 01 de marzo de 2001** específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP (Archivo 6 expediente digital página 19), **precisándose**, aun cuando no obra el formulario de afiliación a esta AFP se debe indicar, para el tema objeto de debate la presencia del formulario escrito no constituye un requisito *sine qua non* o prueba solemne, pues lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 694 de 1994 es que se debe informar por escrito al empleador del trabajador la selección realizada, en aras de que aquel efectúe las cotizaciones al fondo correspondiente. Lo anterior impone entonces a la AFP PORVENIR, acreditar el consentimiento

---

años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

informado y en esa medida, resulta procedente el estudio de la viabilidad o no de la declaración de ineficacia.

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada, y que ésta fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal información debe ser objetivamente verificable, en el entendido de que aquél debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión *"libre y voluntaria*" contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura. Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

> *«Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.*
>
> *Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute**, es eficaz**, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima*.
>
> *Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*

> *El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias.»*

En tal sentido, *"es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez"* (SL1688 de 2019).

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc[3], en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

> *"(...)*
>
> *De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:*
>
> > *Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).*
> >
> > *En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo*

[3] Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

> *ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*
>
> ***Entonces, según la norma precedente, 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.*

Frente a este respecto, además, esa alta Corporación en sentencia SL-1948 de 2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (*vuelta al status quo ante*, art. 1746 CC).

Así, discurrió

> *"**1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen***
>
> *Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.*
>
> *Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (…) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».*
>
> *De ahí que le corresponda a la Sala precisar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto.*
>
> *Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el*

> *régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC).*
>
> *[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]*
>
> *Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral […] la afiliación respectiva quedará sin efecto».*
>
> *Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019).*

En ese orden, no se trata de analizar la presencia de vicios que conlleven a la nulidad del negocio jurídico, sino de establecer el cumplimiento del deber de información como condición de eficacia del traslado de régimen pensional, razón por la cual, no se requiere la acreditación en este juicio de la presencia de vicios que invaliden el consentimiento.

Así pues, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con

prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado,* por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera

la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011[4], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y

[4] *"Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.*

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la "ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA", en donde se señala una mesada pensional de $900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el "RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL", es de $1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

"Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

"En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la

modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

"Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

"Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

"El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.
"(…).
"Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

"Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

"Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

"La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

"La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

"Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

"Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al

en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

> *"(…)* ***Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.***
> *(…)*
> *Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita*

---

proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

"Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

"En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña".

"Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales".

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta 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.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

> *comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*
> *(…).*
> *Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, 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.*
>
> ***Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego.*** *A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (…)"*

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al accionante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante[5] no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario, pues manifestó que el promotor de PORVENIR se acercó al Hospital donde laboraba, y le informó que el ISS se iba a acabar y que podía pensionarse a una menor edad, según su propio dicho, nunca le precisaron cuáles eran las condiciones para acceder a dicho beneficio, ni el capital requerido para poder hacerlo. Asimismo, fue claro en indicar que no recuerda que se le haya dicho cómo se obtenía o calculaba el valor de su mesada, que no le entregaron

[5] Audiencia virtual realizada el 23 de febrero del 2022, Archivo 14 expediente digital.

una proyección y menos aún la ilustraron sobre si le convenía o no trasladarse, insistiendo en que en lo que más se hizo énfasis fue en que el ISS se iba acabar.

Conforme tal medio de prueba, y como ya se advirtió, la demandante no contaba con una ilustración suficiente, clara y comprensible que le permitiera conocer las implicaciones de su traslado, olvidando PORVENIR ponerle de presente aspectos tan importantes como el requisito para acceder al derecho pensional en ese régimen, las modalidades de pensión y los factores a tener en cuenta para calcular el monto de la mesada pensional, los que de conocerlos, pudieron haber incidido en la decisión tomada por la actora.

Respecto al comunicado de prensa *(Archivo 6 expediente digital páginas 21 a 23)* es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara a la afiliada una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora – PORVENIR- no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características.

Aquí también debe resaltar esta Sala en punto al recurso de apelación, el deber de información existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que el deber de información subsiste desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y, por ende, se estableció en cabeza de los fondos privados el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las

características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que puedan tomar decisiones informadas.

Así por ejemplo, en sentencia SL1688-2019 reiterada en la SL-3708-2021 y SL-3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

> ***"1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***
>
> ***1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.***
>
> *El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).*
>
> *De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.*
>
> *Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.*
>
> *…*
>
> *En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*
>
> *De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una*

afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Además, ilustró las diferentes etapas del deber de información, así:

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 1.° 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 3.°, 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 3.2.10.1 del Decreto 2555 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el deber de prestar asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Como se ve, ya para el año 2001, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP PORVENIR estaba en la obligación de informar a la potencial afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR omitió en el momento del traslado de régimen (**31 de enero de 2001, efectivo el 1 de marzo de 2001)** el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL

12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen. Al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

Tampoco incide el hecho que el demandante hubiese efectuado traslados entre AFP *(página 19 Archivo 6 expediente digital),* en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, según se observa en el historial de vinculación (*ibíd.*).

Frente al de traslado a diversas AFP memórense los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, entre otros, aquel con radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011 y más recientemente la sentencia SL1004-2021 Rad. 72930 del 1° de marzo del 2021, última en la cual se indicó:

> ***"iii ¿El traslado horizontal dentro del régimen se entiende como una ratificación del deseo de permanecer en él?***
>
> *En cuanto al cambio de administradora, esta Corte ha establecido que* ***el cambio no tiene como fin ratificar o darle validez al traslado de régimen que el afiliado realizó sin contar con la información veraz y suficiente que debió proporcionar la administradora de pensiones en su debido momento****.*
>
> *Al efecto se recuerda, que la Sala en diferentes pronunciamientos ha señalado que* ***la falta de información no se subsana con los traslados que con posterioridad hagan los afiliados en ahorro individual****, tal como se aprecia en las sentencias CSJ SL, 9 septiembre de 2008, radicación 31989; reiterada en la sentencia del 22 noviembre de 2011, radicación 33083, cuyo texto señala lo siguiente:*
>
> > *"La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que*

emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

"La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

"Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

"Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

"Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

[…]

"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.

"Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales" (subraya la Sala).

Con base en lo anterior, se equivocó el Tribunal al afirmar que, con el traslado de Protección S.A. a Colfondos S.A., era claro el deseo del señor Beltrán Giraldo de seguir en el Régimen de Ahorro Individual, pues conforme a la jurisprudencia anteriormente citada, en manera alguna puede aceptarse

> *que el cambio de entidad subsane la nulidad del traslado, producto de la falta de información veraz y suficiente por parte de Protección S.A.*
>
> *Si bien esta Sala ha sostenido en otras oportunidades que, con base en los* ***actos de relacionamiento*** *no se decreta la nulidad de traslado de régimen cuando se evidencian diversos cambios horizontales de administradora no sobra recordar que también se ha advertido que estas discusiones tienen un componente casuístico tanto de los elementos particulares de la situación en discusión como de los fundamentos de los jueces de instancia (CSJ SL4934-2020 y SL3752-2020).”*

De igual forma, en lo que toca a los actos de relacionamiento como indiciarios de la ratificación de la voluntad a la que se ha hecho referencia, entre otras, en las sentencias SL3752 de 2020 y SL2440-2021 emanadas de las Salas de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, vale la pena señalar que la Sala Penal de la Corte como juez constitucional, al resolver una acción de tutela presentada por esta última decisión, estableció que esa Corporación desconoció el precedente consolidado por la Sala de Casación Laboral –permanente- de esa Corte frente al deber de información, el cual debe mirarse al momento del acto jurídico de traslado, sin que resulte relevante las actuaciones efectuadas con posterioridad al mismo.

Puntualmente, en sentencia del STP-15228 de 2021, sostuvo:

> *“7.1. Al confrontar los fundamentos de la decisión cuestionada con los anteriores desarrollos jurisprudenciales, se advierte que la Sala de Descongestión No.4 se distancia de manera abierta de los precedentes que en la materia ha fijado la Sala de Casación Laboral –permanente- de esta Corte.*
>
> *7.1.1. Como se dejó visto, la Sala de Descongestión, al dar por acreditado el cumplimiento del deber información por parte de la administradora, tomó en cuenta actos posteriores -aportes adicionales y traslado entre fondos privados-, desconociendo que “ello no contrarresta el incumplimiento del deber de información exigible a la administradora privada de pensiones, el cual como ya se advirtió,* ***debe ser oportuno e integral al momento del traslado.”*** *(CSJ, SL3611, 11 agosto de 2021, Rad. 88467).*
>
> *Es decir, que con la aplicación de estos criterios la autoridad judicial accionada dejó de lado, sin justificación razonable alguna, la línea jurisprudencial consolidada por la Sala de Casación Laboral –permanente- de esta Corte, en cuanto que el cumplimiento de la asesoría o información debidas debe analizarse al momento del acto jurídico del traslado, sin que resulten relevantes las actividades o actuaciones que el afiliado realice con posterioridad.*

En este punto, por tanto, se advierte estructurado un defecto por desconocimiento del precedente judicial.

7.2. Adicionalmente a esto, la Sala de Descongestión, en el análisis que le permitió concluir que en este caso el deber de información había sido satisfecho por la AFP demandada, introdujo la tesis de los llamados «actos de relacionamiento», que fue abordada por la Sala de Casación Laboral – permanente- de esta Corte en la SL413-2018, no para definir un caso de ineficacia del traslado de régimen pensional, sino en un asunto en el que se discutía el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, donde resultó necesario el análisis de la voluntad de permanencia del afiliado en un específico régimen pensional.

7.2.1. Esta interpretación implicó, a no dudarlo, una modificación o variación de la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente- de esta Corte, en punto a que el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar.

7.2.2. Esta modificación del precedente jurisprudencial estructura un defecto orgánico, en razón a que la Sala de Descongestión accionada no tenía competencia para realizar esa variación doctrinal, de conformidad con el artículo 2º de la Ley 1781 de 2016, que adicionó un parágrafo al art. 16 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

(…)

7.2.4. Es claro, entonces, que las Salas creadas en el marco del programa de descongestión no tienen competencia para modificar la jurisprudencia de la Sala permanente, ni para crear nuevas líneas interpretativas, y que cuando por mayoría consideren que es necesario realizar esta clase de cambios, deben remitir el asunto a la Sala permanente.

7.2.5. Así las cosas, de estimar los magistrados integrantes de -Sala de Descongestión No. 4- de la Sala de Casación Laboral que resultaba necesaria la modificación de la línea jurisprudencial en materia de eficacia del traslado de régimen pensional, con el fin de introducir como factor de definición la tesis de los llamados «actos de relacionamiento», debieron abstenerse de emitir sentencia y, en su lugar, surtir el trámite previsto en el artículo 2º de la Ley 1781 de 2016.
De esta manera, se advierte también estructurado un defecto orgánico, que torna viable la concesión del amparo constitucional."

Bajo tal orientación, entratándose de la ineficacia del traslado, como ya se anotó, no resultan relevantes las actuaciones posteriores realizadas por la afiliada dentro del mismo régimen.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado por parte de la administradora de pensiones COLFONDOS (Archivo 1 pagina 112 expediente digital) a la que se encuentra actualmente afiliada la actora, del saldo existente en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y gastos de administración, así como la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, como lo dispuso la a quo, debiendo confirmar la sentencia de primer grado en este aspecto.

Por otro lado, conviene precisar, en autos no tiene relevancia la financiación del sistema o que la convocante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Por otro lado y en cuanto a los gastos de administración impugnados por PORVENIR S.A, baste con señalar estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado resulta claro que los mismos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de vinculación de la actora vuelve a su estado inicial, es decir es como si dichos gastos y seguros no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la convocante a Colpensiones, incluyendo, como ya se dijo, las sumas correspondientes a los gastos de administración.

Así fue consignado en sentencia SL 2914 del 22 de julio del 2020 de la CSJ Sala Laboral, que reitera la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, en la cual se asentó:

> *"Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.*
>
> *[…]*
>
> *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 ésta 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.***
>
> *Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada."*

Igualmente, en la sentencia SL1421-2019, Radicación N° 56174 del 10 de abril de 2019, se expuso:

> *"Conforme a lo establecido en sede de casación, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, que la actora jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de igual forma, que el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 (...)".*

Bajo ese escenario entonces, como bien lo sostuvo la *a quo*, le corresponde tanto a COLFONDOS como a PORVENIR retornar los gastos de administración descontados durante el tiempo que estuvo vigente la afiliación de la actora con esas administradoras, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial. Así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

> *"(…)*
>
> *De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional* ***deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor,*** *sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil.* ***En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones."***

Ahora, en lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de Consulta[6] (*Archivo 5 expediente digital, páginas 9 y 10*) basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada la competencia de la Sala habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta y resueltos los puntos de apelación conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado de conformidad con las precisiones señaladas.

SIN COSTAS en esta instancia.

---

[6] Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 20 de enero del 2022, Archivo 9 expediente digital.

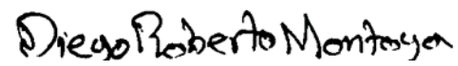
En mérito de los expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C**., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

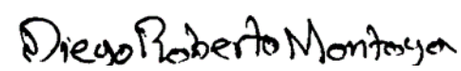
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ESPERANZA NANCY PULIDO RODRIGUEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, Y PORVENIR S.A (RAD. 30 2020 00343 01)

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada JESSICA FERNANDA GIRÓN SÁNCHEZ, como apoderada sustituta de PORVENIR S.A, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por ANGELICA MARIA CURE MUÑOZ, en su calidad de profesional adscirta a la sociedad GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S (fl. 14)



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por COLPENSIONES, PORVENIR S.A (fls. 5 a 10), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver los recursos de apelación interpuesto por las demandadas PORVENIR S.A y

COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez 30 Laboral del Circuito de Bogotá DC, el pasado 23 de enero de 2022 *(Audiencia virtual Art. 80 C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 1:35:32, "28. AUDIENCIA ART. 77 Y 80 (27-01-22).mp4", expediente digital),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLÁRESE*** *ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante señora ESPERANZA NANCY PULIDO RODRIGUEZ del Instituto de Seguros Sociales, administrador del Régimen de Prima Media con prestación definida, a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., Administrador del Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, mediante la firma del formulario No. 01423419 del 14 de agosto del año 2000, pero que cobró efectividad a partir del 1°de octubre del mismo año, conforme a lo expuesto.*
>
> ***SEGUNDO: DECLÁRESE*** *válidamente vinculada a la demandante señora ESPERANZA NANCY PULIDO RODRIGUEZ al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, conforme a lo expuesto****.***
>
> ***TERCERO: CONDÉNESE*** *a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos y costos cobrados por concepto de administración durante el lapso que permaneció en dicho régimen, esto es del 1° octubre del año 2000 y hasta cuando se haga efectivo el traslado, los costos cobrados por concepto de administración deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora, pero también deben ser devueltos debidamente indexados.*
>
> ***CUARTO: ORDÉNESE*** *a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el Régimen de Prima Media con Prestación definida.*
>
> ***QUINTO: DECLÁRENSE NO PROBADAS*** *las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto.*
>
> ***SEXTO: CONDÉNESE*** *en costas de esta instancia a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., a favor de la demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo por concepto de agencias en derecho la suma de $3.840.000.*
>
> ***SÉPTIMO: SIN COSTAS*** *ni a favor ni en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.*
>
> ***OCTAVO: CONCÉDASE*** *el grado jurisdiccional de Consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.*
>
> *Aclaro que en algún acápite o alguna parte de la parte motiva de esta providencia, manifesté que el nombre de la demandante era ESPERANZA NANCY RODRIGUEZ aclaró que para todos los efectos legales el nombre es ESPERANZA NANCY PULIDO*

RODIGUEZ. La sentencia que acabo de proferir en la tarde de hoy la notifico formalmente en estrados "

Inconforme con la decisión los apoderados de PORVENIR y COLPENSIONES, la apelaron.

En primer lugar, la apoderada judicial de PORVENIR, interpuso recurso de apelación. En sustento de ello, advierte no estar de acuerdo con la tesis con la condena de la declaratoria de la ineficacia, toda vez que en su sentir se vulnera el principio de confianza legítima y seguridad jurídica, añade que la entidad realizó las gestiones de administración correctamente, como quiera que la afiliación se hizo de manera libre, voluntaria y sin ningún tipo de coacción, de conformidad con el artículo 13 de la ley 100 de 1993, en donde se expresa a través de la suscripción del formulario de afiliación, no solamente esa voluntad sino también en estricto cumplimiento de la afiliación y de los requisitos exigidos por la Superintendencia.

Agrega, hay una permanencia de la actora en el RAIS por más de 21 años, advierte, no haberse presentado ningún tipo de vicio del consentimiento, ni de queja o reclamo con la gestión de la AFP. Insiste, el formulario de afiliación cuenta con plena validez en todas las etapas procesales, no fue tachado de falso, además, afirma que la motivación para presentar la acción judicial fue la inconformidad con la expectativa pensional, es decir, directamente con un factor económico, resalta sin que ello constituya una manifestación en contra de la AFP.

De otro lado, indica que los procesos de ineficacias del traslado prácticamente se realizan de manera automática. Añade, la carga dinámica de la prueba que debe demostrar la AFP, se está estableciendo de manera retroactiva, pues son exigencias legales que no le eran exigibles para la época de la suscripción del formulario, afirma que la misma afiliada se acerca y decide vincularse a través de la suscripción de dicho documento. Advierte, conforme a la normatividad no existía obligación para PORVENIR dejar constancia por escrito de la información o asesorías.

Posteriormente informa, la entidad exhorta a los afiliados con el fin que se informarán, es decir, se exigía el deber de diligencia como consumidores financieros. Enfatiza en las rentabilidades, rendimientos y demás aspectos que en

dicho régimen le ofrece a los afiliados, se quiera desconocer realmente la finalidad del sistema de seguridad social en Colombia, el cual es que los regímenes que entran al mercado, que fueron creados de manera coexistente pero excluyentes entre sí, porque tienen unas condiciones particulares, entre un régimen que es objetivo que hay que cumplir unas semanas, unos requisitos y un régimen que depende exclusivamente de inversión de bolsa, de factores externos, de la capacidad de cotizacion, se trata de beneficiarios, y demás aspectos financieros, que no pueden personificarse o tratar de endilgar algún tipo de responsabilidad, porque lo que se busca es la cobertura de contingencias, garantizar una pensión y no buscar una mayor prestación económica posible, y con ello es prueba suficiente que en el presente caso no se trata en la falta de un deber de información, sino de apreciaciones subjetivas, en donde el régimen de prima media, según palabras de la accionante, pues tendría mayores garantías sin tener certeza realmente de cuál sería la mesada pensional con PORVENIR.

Por otro lado, referente a los emolumentos condenados expresa no encontrarse de acuerdo, toda vez que resulta improcedente la orden de la devolución de los gastos de administración, como quiera que se vulnera la teoría sobre las restituciones mutuas, resalta que dichos gastos son descontados por una encomienda legislativa, porque se encuentran de manera taxativa en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, y no son cobrados de manera arbitraria. De igual manera, señala que no hacen parte de la cuenta de ahorro individual de la demandante, sino que están destinados por mandato legal a la cobertura de esa gestión por parte del fondo. Por lo cual, si el efecto jurídico de la declaratoria de ineficacia es que la demandante nunca estuvo afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, entonces nunca se generaron rendimientos y por tanto, no deberían ser devueltos, porque se estaría generando un desequilibrio y un enriquecimiento sin justa causa a cargo de una entidad que nunca administro, así como a cargo de una afiliada que ningún momento presentó algún tipo de queja.

Agrega, los gastos de administración son obligaciones de hacer los cuales se encuentran supeditadas e implican una gestión correlativa, en la cual se presenta una compensación, toda vez que son expensas necesarias para conservar, garantizar todos los aportes de los afiliados y cubrir directamente los costos que genera y remunerar las actividades de gestión ejecutadas cabalmente por la AFP.

También indica no encontrarse de acuerdo con la devolución de lo concerniente a la cuenta de ahorro individual, con frutos y demás emolumentos, advierte ser improcedente, pues dichos valores fueron generados por la buena gestión y los rendimientos no deberían ser considerados a cargo del propio patrimonio de la entidad, y de manera indexada, toda vez que en el RAIS, teniendo en cuenta su naturaleza y la constante inversión en bolsa, el capital depositado en las cuentas de ahorro individual de los afiliados genera una rentabilidad periódica y no se produce ningún tipo de pérdida del valor adquisitivo de la moneda, razón por la cual considera improcedente la orden de indexación de dichos valores. [1] *(Audiencia*

[1] *"**Apoderada PORVENIR (1.38:49):** De manera muy respetuosa su señoría procedo a presentar recurso de apelación contra la sentencia, procedo a presentarlo en el acto.*

En aras y de manera muy respetuosa presento recurso de apelación sustentado en los siguientes términos, esta apoderada no comparte la tesis en la que se el día de hoy se condena a mi representada a la declaratoria de la ineficacia en el año 2000 con la demandante, con la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, como quiera que se estaría vulnerando el principio de confianza legítima y seguridad jurídica que mi representada en todo momento ha realizado las debida gestiones de administración correctamente, de igual manera se ha efectuado correctamente esa afiliación, como quiera que se hizo de manera libre, voluntaria y sin ningún tipo de coacción, de conformidad con el artículo 13 de la ley 100 de 1993, en donde se expresa a través de la suscripción del formulario de afiliación, no solamente esa voluntad sino también en estricto cumplimiento de la afiliación y de los requisitos que para ese entonces la Superintendencia bancaria exigía a mi representada.

Concluyendo pues de esas exigencias se efectuó y perpetuo pues esa permanencia en el régimen de ahorro individual por más de 21 años, en ningún momento aquí se puede aseverar o haber presentado algún tipo de vicio en el consentimiento, algún tipo de queja o reclamo con la gestión y mucho menos se puede establecer algún tipo de engaño, como quiera que el formulario de afiliación cuenta con plena validez en todas las etapas procesales, no fue tachado de falso y que directamente como quedó comprobado las inconformidades o la motivación de representar esta acción judicial fueron encaminadas directamente proporcional a la inconformidad, con la expectativa pensional o directamente con los factores económicos, que si bien son factores económicos legítimos de los afiliados, sin que esto constituya una manifestación en contra de mi representada, pues no se puede establecer o hacer ver como si existiera una conveniencia de régimen o a otro, como quiera y quiero hacer insistencia en (inaudible).

Tribunal superior de Bogotá que se tenga en cuenta que en estos procesos de ineficacia prácticamente se están haciendo traslados de manera automática, la carga probatoria de teniendo en cuenta pues el desarrollo jurisprudencial y el desarrollo del debido proceso, se torna inmersa, en la medida que la carga dinámica de la prueba que debe demostrar mi representada, no solamente lo que debe presumirse como lo es su buena fe objetiva, sino se está estableciendo de manera retroactiva, exigencias legales que no le eran exigibles para la época, hay que poner de presente que para el momento de la suscripción del formulario, y que la misma afiliada se acerca y decide vincularse a través de la suscripción del formulario, (inaudible) distintas entidades para vincularse, y decide vincularse con mi representada pues no había una exigencia normativa ni en los decretos reglamentarios, ni en la misma ley 100 de 1993, que le exigiera a mi representada dejar constancia por escrito de la información o de las asesorías, o directamente todo el vínculo de afiliación (inaudible) son solidaridad, y que mi representada a través de distintos comunicados, y posteriormente informa, exhorta a los afiliados a acercarse e informarse, porque esto es una información trascendental y no estamos exigiéndole en la misma medida el deber de información a los afiliados, sino simplemente un deber de diligencia como consumidores financieros y no es de recibo que pues después de más de 20 años de haberse beneficiado de las características del régimen de ahorro individual y con ello quiero ser énfasis en las rentabilidades, rendimientos y demás aspectos que este régimen le ofrece a los afiliados, se quiera desconocer realmente la finalidad del sistema de seguridad social en Colombia, y es que estos regímenes que entran al mercado, que fueron creados de manera coexistente pero excluyentes entre sí, porque tienen unas condiciones particulares, entre un régimen que es objetivo que hay que cumplir unas semanas, unos requisitos y un régimen que depende exclusivamente de inversión de bolsa, de factores externos, de la capacidad de cotizacion, estamos hablando de beneficiarios, y

virtual Art. 80 C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 1:38:49, "28. AUDIENCIA ART. 77 Y 80 (27-01-22).mp4", expediente digital)

A su turno, COLPENSIONES indicó el deber de estudiar el daño económico y financiero que sufre la entidad, toda vez que, por la alta cantidad de ineficacias, se debe asumir una posible carga prestacional de los distintos afiliados que demandan

---

demás aspectos financieros, que no pueden personificarse o tratar de endilgar algún tipo de responsabilidad, porque lo que se busca la es la cobertura de contingencias, garantizar una pensión y no buscar una mayor prestación económica posible, y con ello es prueba suficiente que aquí no se habla del debate jurídico de la falta de un deber de información, sino de apreciaciones subjetivas, en donde el régimen de prima media, según palabras de la accionante, pues tendría mayores garantías sin tener certeza realmente de cuál sería la mesada pensional con mi representada.

Ya directamente con los emolumentos condenados el día de hoy, con ello quisiera aseveración, esta apoderada no comparte y de manera respetuosa pues resulta improcedente que se ordene la devolución de los gastos de administración, durante el tiempo que ha estado vinculada la accionante con mi representada como quiera que se está vulnerando la teoría sobre las restituciones mutuas, de que trata el artículo 1746 del código civil, en donde se está vulnerando lo que se considera un aspecto que debe ser considerado de compensación, porque es que estos gastos de administración son descontados por una encomienda legislativa, porque se encuentran de manera taxativa en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, y no son cobrados de manera arbitraria por mi representada. De igual manera, es importante poner de presente que estos gastos de administración no hacen parte de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la accionante, sino que están destinados por mandato legal a la cobertura de esa gestión de administración por parte de mi representada, y si en ningún momento se presentó algún tipo de queja, no se habla de ningún tipo de rechazo o de inconformidad con la gestión misma, pues no es de recibo que se vulnere a través de un desequilibrio de las cargas aquí económicas, porque se está ordenando la devolución de los rendimientos financieros, y de igual manera, los gastos de administración, pues se está aplicando de manera no práctica, de manera inadecuada, en mejores palabras, pues esta teoría, como quiera que la afiliada, si el efecto jurídico de la declaratoria de ineficacia, es que la demandante nunca estuvo afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, entonces nunca se generaron rendimientos y por tanto, no debería devolver esto, porque se estaría generando un desequilibrio y dos porque se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa a cargo de una entidad que nunca administro y a cargo de una afiliada que ningún momento presentó algún tipo de queja, estos gastos de administración son obligaciones de hacer, son obligaciones que esta supeditadas a, implican directamente a una gestión correlativa en donde hay una compensación, como quiera que estos gastos de administración son expensas necesarias para conservar, garantizar todos los aportes de los afiliados y cubrir directamente los costos que genera y obviamente remunerar las actividades de gestión ejecutadas cabalmente por mi representada, y pues si ese es el objetivo del legislador, por cuanto se descuentan estos valores, no tendría deber jurídico que se ordene la devolución de estos mismos.

De igual manera, se ordena la devolución de todo lo correspondiente a la cuenta de ahorro individual entre ellos los frutos, intereses y demás emolumentos, esta apoderada no comparte y resulta improcedente pues estos se generan debida a la buena gestión y adicionalmente a ello, pues estos rendimientos no deberían ser considerados a cargo del propio patrimonio de mi representada <u>ni de manera indexada</u>, como quiera que en el régimen de ahorro individual con solidaridad, dada la naturaleza del régimen y la constante inversión el bolsa y todo 0lo que alcance, el régimen en sí, el capital que se deposita en las cuentas de ahorro individual de los afiliados genera una rentabilidad periódica y per se no genera ningún tipo de pérdida del valor adquisitivo de la moneda, razón por la cual es improcedente ordenar la indexación de estos valores.

En estos términos solicito muy respetuosamente se tenga en cuenta no solamente la absolución de todos los cargos interpuestos el día de hoy, o todas las condenas interpuestas hoy, sino también se tenga en cuenta el estudio de la buena fe, la prevalencia que debe existir del principio de confianza legitima, y seguridad jurídica, al no aplicarlo de manera retroactiva que para el momento de la suscripción no eran exigibles. En esos términos le solicito muy respetuosamente a lo Honorables magistrados del Tribunal Superior del Distrito judicial de Bogotá se absuelva a mi representada de todas y a cada una de las condenas interpuestas el día de hoy y se prospere con lo yo ya esbozado y argumentado en la oportunidad procesal oportuna. Es toda su señoría, gracias."

por vía judicial. Es por ello, que solicita el estudio detallado de cada proceso con el fin de determinar si efectivamente se tiene derecho a retornar.

No obstante, advierte en el presente caso se presentaron distintas circunstancias de relacionamiento, las cuales conllevan a que la parte actora ratificará su posición de permanecer en el RAIS, toda vez que dentro del interrogatorio de parte comentó haber recibido los extractos periódicamente a su correo electrónico.

Destaca, que en la sentencia de primera instancia declaró que existió una falta de información o de asesoría por parte de la AFP, considera que dicha entidad debería asumir una posible carga prestacional como excepción de la norma, toda vez que no es lo mismo que COLPENSIONES mes a mes este recibiendo los aportes y las cotizaciones de sus afiliados, a que se haga un traslado de aportes sin que se especifique ciertamente o efectivamente cuales son los dineros que ingresaron, sin que haya garantía para la entidad de verificar efectivamente cuales son los dineros que están ingresando como rendimientos, cuotas de administración, seguros previsionales o de las contingencias de invalidez, vejez y muerte. [2] *(Audiencia virtual*

[2] *"**Apoderado COLPENSIONES (1:47:46):** Doctor Fernando si, muchas gracias estando dentro de la oportunidad legal correspondiente procedo a presentar el respectivo recurso de apelación.*

En primer lugar, en la apelación se presenta por cuanto la sentencia que se acaba de dictar es dilatoria de las normativas legales, como lo son el artículo 2 de la ley 797 de 2003, artículo 113 de la ley 100 de 1993, artículo 9, 10, 11, 15, 1754 del código civil. En primer lugar, señores magistrados es importante que se estudie si efectivamente el daño económico y financiero que se le está aportando o se le está dando a COLPENSIONES, ya que una cantidad alta de procesos, de ineficacias, donde COLPENSIONES tiene que asumir una posible carga prestacional de los distintos afiliados que demandaron por vía del proceso ordinario laboral. Es por ello, señores magistrados que se tiene que estudiar detalladamente y cuidadosamente cada proceso para determinar que efectivamente tiene derecho a retornar o que efectivamente que proceso de afiliación está afectada de ineficacia.

Sin embargo, en el presente caso se observa distintas circunstancias de relacionamiento que conllevan a la parte actora a ratificar su posición de permanecer en el RAIS, tal y como lo indicó en el interrogatorio de parte, dijo que recibió los extractos periódicamente a su correo electrónico, igualmente señores magistrados es importante destacar que si bien es cierto la sentencia de primera instancia declaró que existió una falta de información o de asesoría por parte de la AFP PORVENIR, porque no debe ser la AFP PORVENIR quien debe asumir una posible carga prestacional como excepción de la norma, que sea ese fondo el que deba asumir como excepción por vía judicial que asuma una atención conforma al régimen de prima media que administra COLPENSIONES, ya que pues no es lo mismos señores magistrados que COLPENSIONES mes a mes este recibiendo los aportes y las cotizaciones de sus afiliados, a que se haga un traslado de aportes sin que se especifique ciertamente o efectivamente cuales son los dineros que ingresaron, sin que haya garantía para COLPENSIONES de verificar efectivamente cuales son los dineros que están ingresando por rendimientos, o cuales son los dineros que están ingresando por cuotas de administración, cuáles son los dineros que están ingresado por seguro de gastos de seguro provisionales, cuáles son las contingencias de invalidez, vejez y muerte. Son circunstancias que desmejoran o disminuyen la cuota o el aporte del afiliado en el régimen de ahorro individual, y que quedan y que de forma incierta si se hace le traslado efectivo de dichos valores.

Por lo tanto, solicito encarecidamente a los magistrados que porque no es PORVENIR el que deba asumir una posible pensión, conforme al régimen de prima media y que sean ellos los que asuman la falta de información y que sean ellos los que pensionen conforme al régimen de prima media, excepcionado por vía judicial, que

Art. 80 C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 1:47:46, "28. AUDIENCIA ART. 77 Y 80 (27-01-22).mp4", expediente digital)

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (*Páginas 29 y 30, 02.DEMANDA Y ANEXOS.pdf", expediente digital),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 30 y 31, ibídem),* aspirando se declare que el traslado al RAIS realizado entre PORVENIR S.A y la actora se efectuó sin el consentimiento informado de esta última; se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional; se declare que la actora siempre ha mantenido su afiliación al régimen de prima media con prestación definida; se ordene a PORVENIR S.A entregar a COLPENSIONES todos los dineros que haya recibido y producido en virtud de las cotizaciones a los seguros de invalidez, vejez y muerte, incluyendo los rendimientos y cuotas de administración; se ordene a COLPENSIONES activar la afiliación de la actora, recibir los dineros provenientes de las cotizaciones junto con los rendimientos y cuotas de administración, actualice la historia laboral; condenar en costas y agencias en derecho, lo ultra y extra petita.

Obtuvo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora a PORVENIR, declaró válidamente vinculada a la demandante en el régimen de prima media; condenó a PORVENIR S.A a devolver a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a sus rendimientos y costos cobrados por concepto de administración durante el lapso

---

COLPENSIONES se está viendo gravemente afectado a nivel financiero con todos los aportes y traslados, de aportes que ha recibido de la cantidad de demandadas laborales ordinarias, y que COLPENSIONES debe asumir una posible carga prestacional de cada afiliado.

De esta forma señores magistrados dejo expuesto los alegatos de conclusión y solicito se estudie la posibilidad de generar un precedente ante toda esta situación, como una excepción a la norma, para sea, para que la AFP PORVENIR por vía de una decisión judicial asuma una prestación económica de la actividad, conforme al régimen de prima media. Muchas gracias."

que permaneció en dicho régimen, esto es del 1°octubre de 2000 y hasta cuando se haga efectivo el traslado, los costos cobrados por concepto de administración señaló deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora y además deben ser devueltos debidamente indexados; ordenó a COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, actualice la información en la historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el Régimen de Prima Media con Prestación definida.

Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la AFP demandada no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[3].

Así las cosas y si bien en el expediente no milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, en el hecho primero de la demanda se registra como fecha de nacimiento el 2 de noviembre de 1963 *(Página 30, archivo "02.DEMANDA Y ANEXOS.pdf", expediente digital),* hecho que se corrobora con el formulario de afiliación a PORVENIR *(Página 31, archivo "17.CONTESTACION PORVENIR.pdf", expediente digital)* como también lo señalado en la historia laboral de PORVENIR (*páginas 13 a 23 ibídem)* por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y

[3] *En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".*

mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES y PORVENIR el 22 de abril de 2020 *(Página 24 – 25, y 27 - 28, archivo 02.DEMANDA Y ANEXOS.pdf", expediente digital),* esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 82,86 semanas cotizadas al sistema que corresponden a 1 año, 7 meses y 10 días *(Página 27, archivo "17.CONTESTACION PORVENIR.pdf", expediente digital),* por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.|

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **14 de agosto del 2000** con fecha de efectividad a partir del **01 de octubre del 2000** *(Páginas 25 y 31, archivo "17.CONTESTACION PORVENIR.pdf", expediente digital)* específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP, el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada y que ésta fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal información debe ser objetivamente verificable, en el entendido de que aquél debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión *"libre y voluntaria*" contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura.

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

> *"Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.*
>
> *Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute**, es eficaz**, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima. Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*
>
> *El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias."*

En tal sentido, *"es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez"* (SL1688 de 2019).

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc[4], en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

> *"(…)*

[4] *Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020*

> *De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:*
>
> *Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).*
>
> *En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*
>
> ***Entonces, según la norma precedente, 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."*

Frente a este respecto, además, esa alta Corporación en sentencia SL-1948 de 2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (*vuelta al status quo ante*, art. 1746 CC). Así, discurrió

> *"**1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen***
>
> *Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.*
>
> *Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (…) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».*
>
> *De ahí que le corresponda a la Sala precisar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto.*

Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC).

[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral […] la afiliación respectiva quedará sin efecto».

Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019)".

En ese orden, no se trata de analizar la presencia de vicios que conlleven a la nulidad del negocio jurídico, sino de establecer el cumplimiento del deber de información como condición de eficacia del traslado de régimen pensional, razón por la cual, no se requiere la acreditación en este juicio de la presencia de vicios que invaliden el consentimiento.

Ahora bien, sobre esta temática igualmente, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima

media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado,* por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011[5], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más recientemente en

---

[5] *"Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.*

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la "ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA", en donde se señala una mesada pensional de $900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el "RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL", es de $1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

"Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

"En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

"Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

"Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

"El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.
"(…).
"Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

"Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

"Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

"La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

"La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

"Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

"Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

"Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

"En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

> *"(…)* ***Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.***
>
> *(…)*
>
> *Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*
>
> *(…).*
>
> *Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, 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*

"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña".

"Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales".

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta 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.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

> *obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*
>
> ***Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego.*** *A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (…)"*

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información a la accionante al momento de realizar el traslado de régimen pensional en los términos aquí referidos, pues en manera alguna se evidencia en el plenario que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante[6], no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado, pues de hecho aseguró que quien intervino en la afiliación fue la oficina de recursos humanos de la entidad donde ingresó a laborar en el año 2000 y en ese orden para la Sala los argumentos de la accionante solo reafirman el incumplimiento de la AFP de sus deberes legales como administradora de pensiones, pues denotan la ausencia de una asesoría real y efectiva por parte de esa entidad a la demandante para efectuar el traslado de régimen, pues aunque no mediaron en la afiliación a través de sus asesores, igual le dieron trámite a la misma.

A efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A *(Página 31, archivo "17.CONTESTACION PORVENIR.pdf", expediente digital),* este no constituyen en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal

[6]*Audiencia 27 de enero de 2022, récord 12:38*

documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

Respecto al comunicado de prensa (*Páginas 73 a 75, archivo "17. CONTESTACION PORVENIR.pdf", expediente digital),* es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora –PORVENIR S.A- no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración a la demandante al momento de trasladarse, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se deja constancia expresa en el sentido de su decisión de vincularse a esa AFP de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.

Aquí también debe resaltar esta Sala, el deber de información existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y por ende de los fondos privados se estableció en cabeza de éstos el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así por ejemplo, en sentencia SL1688-2019 reiterada en la SL-3708-2021 y SL-3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

> ***"1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***
>
> ***1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.***
>
> *El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).*
>
> *De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.*
>
> *Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.*
> *…*
> *En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*
>
> *De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.*

> *Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*

Además, ilustró las diferentes etapas del deber de información, así:

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 1.° 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 3.°, 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 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Como se ve, ya para el año 2000, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futuro afiliado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR S.A, omitió en el momento del traslado de régimen **(14 de agosto del 2000, efectivo el 01 de octubre del 2000)** el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo

señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar, no tiene incidencia alguna que la actora no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen. Al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

Por otro lado y para resolver las inconformidades expuestas en la alzada por COLPENSIONES, conviene precisar, en autos no tiene relevancia la financiación del sistema o que la convocante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Advirtiéndose a Colpensiones en cuanto al principio de la sostenibilidad financiera la Máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no lesionan "*el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas*." (Sentencia SL2877, rad. 78667 del 29 de julio del 2020).

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de las PORVENIR esta como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración y

porcentajes correspondientes a invalidez y sobrevivientes (comisiones) y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Asimismo, advierte la Sala, en relación con los argumentos de apelación de PORVENIR S.A relacionados con los gastos de administración, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

> *"Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.*
>
> *[…]*
>
> *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 ésta 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.***
>
> *Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho*

> *pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada."*

Igualmente, en la sentencia SL1421-2019, Radicación N° 56174 del 10 de abril de 2019, se expuso:

> *"Conforme a lo establecido en sede de casación, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, que la actora jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de igual forma, que el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 (...)".*

Igualmente, con relación a la orden del juez de primer grado de disponer el pago debidamente indexado de la devolución de dichos gastos de administración, en orden a responder los planteamientos propuestos por la demandada PORVENIR S.A, es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación, sin que ello represente una condena adicional o la imposición del pago de perjuicios, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la condena cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

En punto a la indexación de los gastos de administración, en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en providencia SL 3207, Radicación N° 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

> ***"7. Consecuencias de la declaración de ineficacia***
>
> *Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos,* ***se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados,*** *junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor."* (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Por lo anterior, habrá de confirmarse la decisión de primera instancia en este aspecto.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES *(Páginas 10 y 11, archivo "10. CONTESTACION Colpensiones.pdf", expediente digital)*[7] entidad a favor de quien se surte la consulta, demanda que se tuvo por contestada en auto del 21 de julio de 2021, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática. Es de anotar en este punto, dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración y demás restituciones, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción.

Sobre esto último, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2611, Radicación N° 67972 del 1° de julio de 2020, señaló que las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones, hace inoperante dicho fenómeno extintivo frente a los mismos. Puntualmente dijo esa Corporación:

> *"…recientemente, en la sentencia CSJ SL1421-2019, tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto, sosteniéndose que en materia del derecho del trabajo y la seguridad social, las disposiciones que gobiernan la extinción de la acción son los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, que consagran un periodo trienal para que opere ese fenómeno; sin embargo, se adujo que tal normativa no resulta aplicable a los casos de ineficacia del traslado, por cuanto se trata de una pretensión de carácter declarativa, que es precisamente lo que sucede en el sub examine, en la aludida providencia se dijo:*
>
> > *Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código*

[7] Por auto del 21 de julio del 2021 se tuvo pro contestada la demanda de Colpensiones (Archivo 16 expediente digital)

> *Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que* ***las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo,*** *en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.*
>
> *De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el trascurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.*

Conforme a lo discurrido, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, (…)" (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Finalmente, en lo que toca a la solicitud de COLPENSIONES tendiente a que se ordene a PORVENIR reconocer una pensión de vejez a la demandante en los términos que correspondería si esta no se hubiese trasladado de régimen, baste con anotar, la misma se torna improcedente como quiera que en primer lugar dentro del presente asunto no fue objeto del debate probatorio el reconocimiento de un derecho pensional y en segundo lugar por cuanto ante la declaratoria de ineficacia, se tiene que la actora queda válidamente vinculada al RPM y es allí donde se tienen que estudiar los requisitos para acceder a una posible prestación pensional y en todo caso no es Colpensiones el legitimado para solicitar esta clase de petición pues ello le correspondería única y exclusivamente a la parte actora.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

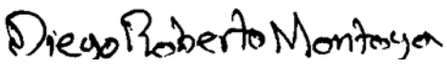
En mérito de los expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

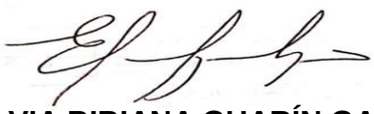
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez 30 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020

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

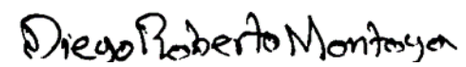
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CARLOS ALBERTO NOVOA LOZANO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. (RAD. 32 2019 00733 01)

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Reconocer personería adjetiva al abogado MICHAEL GIOVANNY MUÑOZ TAVERA, como apoderado sustituto de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MIGUEL ANGEL RAMIREZ GAITAN, en su calidad de abogado de conformidad con la Escritura Pública N° 3364 (FL. 102)



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante, COLPENSIONES, PORVENIR S.A, (fls. 101 a 117), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá

D.C, el 19 de abril de 2022 (*Audiencia virtual, récord 13:103, archivo 21, expediente digital),* en la que se resolvió:

> ***"****PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción de inexistencia de la obligación formulada por PORVENIR S.A. respecto del reconocimiento de perjuicios y DECLARAR DE OFICIO la excepción de falta de reclamación y retiro del sistema en relación con el reconocimiento de la pensión de vejez a partir del cumplimiento de los requisitos legales, conforme las consideraciones expuestas.*
>
> *SEGUNDO: DECLARAR que el demandante CARLOS HUMBERTO NOVOA LOZANO tiene causado el derecho al reconocimiento de una pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida, cuyo disfrute está supeditado a la reclamación del derecho y el retiro del sistema.*
>
> *TERCERO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.*
>
> *CUARTO: SIN COSTAS en la presente actuación".*

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte demandante la apeló, argumentando que el demandante si hizo una reclamación formal de fecha 18 de febrero de 2020 que corresponde precisamente a las acciones de tutela presentadas y que nacieron de la negativa de Porvenir y Colpensiones respecto al traslado de régimen solicitado por el aquí demandante. Enfatizó en que el aquí demandante a instancias de una acción de tutela manifestó que se acoge a la SU 062 de 2010, para que se proceda a su traslado inmediato al RAIS y se le incluya en nómina de pensionados con el pago del correspondiente retroactivo.

Enfatizó en que con la decisión de primer grado se le está vulnerando al convocante su derecho a la seguridad social, porque supera ampliamente los requisitos para el reconocimiento del derecho pensional; en su criterio, el demandante debió ser pensionado desde el momento mismo en que cumplió los 60 años de edad. Consideró que además del reconocimiento de la pensión de vejez al demandante se debió acceder a sus pretensiones relativas al retroactivo pensional y los daños y perjuicios solicitados[1] (*Audiencia virtual, récord 11:26, archivo 21, expediente digital).*

---

[1] *"**Apoderado parte demandante (record. 11:26)** Mil gracias señoría, interpongo recurso de apelación y de antemano con el mayor de los respetos debo manifestarle que estamos totalmente digamos que desbordados, teniendo en cuenta que si bien es cierto hizo usted una exposición de motivos supremamente detallada, no tuvo en cuenta los siguientes aspectos:*

El primero, que mi representado si hizo una reclamación formal y de eso ya el despacho tiene conocimiento y fue el 18 de febrero del año 2020, que la reclamación formal nace precisamente de las acciones constitucionales que referencié en mis alegatos de conclusión, que no fueron tenidos en cuenta por su señoría en el momento de determinar el fallo, tercero, que en este momento el proceso nace precisamente de la nugatoria de las posiciones tanto de Porvenir como de Colpensiones en el hecho de negarle el traslado a petición de mi representado, del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, que se definió definitivamente en atención a la orden constitucional de la segunda tutela relacionada en mis alegatos que precisamente dice así "Carlos Humberto Novoa Lozano, mayor de edad y residente en la ciudad de Bogotá D.C., identificado con la c.c. 19'292675 de Bogotá, obrando en nombre propio y en calidad de beneficiario de la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con lo establecido en la normatividad en referencia y en la comunicación anexa del 23 de enero de 2020 radicado BZ 202089687220_965092 en desarrollo de la sentencia de tutela 11001310304220190007501, mediante el presente escrito manifiesto de manera expresa que me acojo a la sentencia unificada No. 062 del 2010 con el fin de ser trasladado de manera inmediata a este régimen por cumplir con todos los requisitos legales para tal efecto tal y como se observa en la comunicación anexa, se me incluya a la nómina de pensionados, con los retroactivos correspondientes por pertenecer al régimen de transición"

Entonces su señoría esto fue totalmente desconocido por su despacho al tomar la decisión, adicionalmente con esto se da cumplimiento al Decreto 758 de 1990 ya referenciado por usted en la motivación de la sentencia. Adicionalmente su señoría evidentemente, tras esta reclamación no había otro camino que presentar la demanda y fue este mismo servidor o esta misma parte la que le entregó a usted las herramientas precisamente de el traslado de un régimen al otro por vía constitucional, precisamente porque la jurisdicción ordinaria por su congestión, ha llevado este caso ya vamos para tres años, adicionalmente su señoría, ni Colpensiones ni Porvenir le presentó a usted documentos adicionales a los entregados por Porvenir el día de hoy, documentos que hasta ahora también referencio y serán materia de debate judicial más adelante. Lo más importante señoría para esta intervención es que tenga en cuenta que se le están vulnerando a mi representado judicial sus derechos a la seguridad social, por haber no solamente superado ampliamente los requisitos de ley, sino adicionalmente como bien lo dijo usted, el régimen de transición y por último su señoría usted obvió en su motivación y será materia de discusión en segunda instancia y valoración por el juez ad quem, el entendido de que la aplicación para mi representado judicial, precisamente constituye en los apartes de la sentencia unificada 062 de 2010 donde dice el magistrado honorable doctor Humberto Antonio Sierra Porto en uno de sus apartes "la protección otorgada por el régimen de transición se conecta en forma inescindible con el derecho a la pensión de vejez por esta vía con el derecho fundamental a la seguridad social pues se establecen unas condiciones mas favorables para acceder al mismo en favor de algunas personas con el fin de no vulnerar mediante ley posterior, una expectativa legítima". Es decir, mi representado legítimamente debió haber sido pensionado a partir del cumplimiento de su edad de 60 años, precisamente porque el acto legislativo primero de 2005 fue expedido protegiendo los derechos adquiridos que él tenía inclusive con la aplicación de la misma sentencia sobre el numeral 2° de la parte resolutiva de la sentencia, es decir, de la sentencia C-012 de 1994 donde plantea y dice "dejo claro, según lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia, su efecto jurídico se extiende al reconocimiento de los derechos pensionales adquiridos por las personas que hubieren cumplido con los requisitos previstos en el inciso primero del artículo 7° de la ley 71 de 1988, esto es, por aportes hechos en cualquier tiempo y acumulado en una o varias entidades de previsión social oficial de cualquier orden y el Instituto de Seguros Sociales, cuando cumplan el requisito de edad", derechos que efectivamente mi representado gracias a su aquiescencia y compromiso con el sistema pensional colombiano, el sistema general de seguridad social en pensiones ha contribuido por ya casi o posiblemente superadas 2.000 semanas a la fecha de hoy y cumpliendo pues, las expectativas obviamente que él tenía desde que empezó a cotizar y hoy terriblemente se observa que no solamente ha cumplido su edad, sigue cotizando, hace la petición, en últimas la petición debe ser tenida en cuenta desde el momento que presenta la demanda su señoría, precisamente es en aras de proteger el derecho de mi representado judicial y tampoco fue tenido en cuenta por su

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda *(carpeta 01PROCESO DIGITALIZADO página 6),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo *(páginas 4 y 5 ibídem)*, aspirando en síntesis, se declare la nulidad del traslado y afiliación del demandante al régimen de ahorro individual, se ordene el retorno del demandante al régimen de prima media, se ordene a PORVENIR S.A. la devolución de todos los valores consignados en la cuenta de ahorro individual de la actora por concepto de aportes, bono pensional y cualquier suma adicional, junto con sus rendimientos; se ordene a COLPENSIONES recibir dichos aportes y registrar a la demandante como su afiliada, se condene a COLPENSIONES a reconocer al actor la pensión de vejez, se ordene el reconocimiento de los perjuicios materiales y morales causados al demandante y las costas del proceso.

Obtuvo sentencia de primera instancia desfavorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación respecto al reconocimiento de perjuicios y de oficio se declaró la excepción de falta de reclamación y retiro del sistema en relación con el reconocimiento de la pensión

---

señoría, considero que no solamente esas posiciones sino que adicionalmente los daños, los perjuicios y el retroactivo su señoría. Fue totalmente desconocido de su parte y pues realmente en un caso como este queda uno anonadado, excúseme la expresión pero no encuentro otra en este momento para decirle que definitivamente por esa razón debo apelar este fallo, que sea revisado en una segunda instancia, precisamente porque se observa que le han vulnerado la totalidad de los derechos a mi representado judicial por las manifestaciones que he hecho en esta audiencia su señoría y para culminar su señoría, le solicito con todo respeto sea tenida en cuenta la sustentación de este recurso, sea enviado el expediente a la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Bogotá para que surta el trámite de alzada, no sin antes manifestarle su señoría que realizaremos algunas actividades de rigor con mi representado judicial, teniendo en cuenta que lo más importante para mi representado es protegerle su derecho y en atención a lo que su merced ya ha visto en este proceso, son ya tres años, no se cuantos años más va a tardar en segunda instancia y pues realmente mi representado judicial, por ser colombiano de oro se le debe atender a este reconocimiento inmediato de su derecho pensional por parte de Colpensiones. Mil gracias señoría, muy gentil.

de vejez solicitada, declaró que el demandante tiene causado el derecho al reconocimiento de una pensión de vejez en el régimen de prima media y se absolvió a las demandadas de las demás pretensiones de la demanda.

Lo anterior tras considerar que, se acreditó en expediente que el demandante había sido trasladado a COLPENSIONES por el acogimiento por parte de las demandadas de lo dispuesto en la sentencia SU 062 de 2010 por contar con más de 750 semanas cotizadas al 1° de abril de 1994, documentos que se incorporaron como pruebas sobrevinientes al proceso, situación con la que quedaron solventadas las pretensiones relativas a la declaración de nulidad del traslado de régimen, por lo que pasó a resolver sobre la procedencia de la prestación de vejez a favor del actor y los perjuicios reclamados.

En este sentido encontró que en efecto el demandante contaba con 754 semanas cotizadas al ISS a 1° de abril de 1994 y por tanto es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Sin embargo, el acto legislativo 01 de 2005 estableció que dicho régimen no se extendería más allá del año 2014, por lo que su derecho pensional debe ser resuelto a la luz de la ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003. Sin embargo, tras ese análisis, estimó procedente declarar la excepción de falta de agotamiento de reclamación administrativa, que el apoderado de COLPENSIONES, solicitó en sus alegatos de conclusión, fuera declarada de oficio, por considerar que no se acreditó que el demandante hubiera solicitado a esa entidad el reconocimiento de la prestación pensional. Así, como el demandante se encuentra activo y cotizando al sistema pensional, es decir, no hay retiro del sistema y no elevó ante COLPENSIONES una solicitud de reconocimiento de la pensión, no es viable que el juzgador entre a reconocer el derecho pensional, sin perjuicio de declarar que el derecho está causado. En relación con los perjuicios reclamados, consideró, los mismos no fueron acreditados en el proceso, recordando que la misma ley 100 de 1993 establece la posibilidad de continuar cotizando una vez cumplidos los requisitos para acceder a la pensión.

Pues bien, en primer lugar es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para

adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[2].

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 5 de marzo de 1957 (expediente digital carpeta 001, subcarpeta MM-3, expediente administrativo), por lo que los 62 años de edad, los cumplió el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 18 de septiembre de 2013 (expediente digital, carpeta 01PROCESODIGITALIZADO, subcarpeta 11001310503220190073301, páginas 17 y 18); sin embargo, contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994[3]-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 754,29 semanas de cotización (folio 89 ibídem) equivalentes a 15 años de aportes, por lo que se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo, no aceptándose su traslado por parte de Colpensiones con fundamento en que le faltaban menos de diez años para pensionarse (folio 18 ibídem).

Pese a dicha negativa inicial, encontrándose en trámite este proceso judicial, el apoderado del demandante puso en conocimiento, que por parte de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSINES, fue atendida positivamente su solicitud de retorno al Régimen de Prima Media, en aplicación a lo dispuesto en

---

[2] *En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".*

[3] Era trabajador del sector privado.

la sentencia SU 062 de 2010 proferida por la Corte Constitucional, en la que reiteró su criterio esbozado desde la sentencia C-789 de 2002. (archivo 17 InformaciónDemandanteAudiencia.pdf), situación sobreviniente, que como lo advirtió el juez a quo, hace innecesario el análisis de las pretensiones relativas a la declaración de ineficacia del traslado del demandante al RAIS.

En orden a lo anterior, corresponde dilucidar lo atinente a la pretensión relativa al reconocimiento de la pensión de vejez deprecada por el actor, aspecto frente al que el juez de primer grado, considerando que el actor tiene causado el derecho prestacional reclamado, se abstuvo de resolver lo correspondiente, por considerar que el convocante no agotó el requisito de la reclamación administrativa ante COLPENSIONES y tampoco se acreditó su retiro del sistema.

Al tema es necesario recordar, toda demanda debe congregar ciertos requisitos para que las pretensiones se resuelvan con éxito, uno de ellos se encuentra previsto en el artículo 6º del C.P.L., modificado por el artículo 4º de la Ley 712 de 2001, en el cual se consagra uno de los parámetros previos a la iniciación de una demanda, esto es el agotamiento de la reclamación administrativa, donde se indica que "…*las acciones contenciosas contra la Nación, las entidades territoriales y cualquiera otra entidad de la administración pública solo podrán iniciarse cuando se haya agotado la reclamación administrativa. Esta reclamación consiste en el simple reclamo escrito del servidor público o trabajador sobre el derecho que pretenda, y se agota cuando se haya decidido o cuando transcurrido un mes desde su presentación no ha sido resuelta*…"

Conviene igualmente recordar, conforme a la norma en cuestión y a la jurisprudencia, la naturaleza jurídica de la reclamación administrativa, constituye factor de competencia, por cuanto es un requisito de procedibilidad que de manera obligada, debe ser agotado, previo a acudir a la jurisdicción, así se consideró en Sentencia de Casación Laboral, Radicado No. 12.221 del 13 de octubre de 1999, Radicado No. 30056 del 24 de mayo de 2007, SL 1867 Rad. 57117del 29 de mayo del 2018 y SL4286 Rad. 66151 del 1° de octubre del 2019, siendo también una prerrogativa que se le concede a la administración para que se pronuncie previo acudir a la jurisdicción.

En el mismo sentido, se tiene que esta irregularidad debe ser alegada por la entidad respecto de la cual debió agotarse dicho requisito previo, siendo la oportunidad procesal pertinente, la de la contestación de la demanda, mediante la formulación de la excepción previa de falta de competencia por no agotamiento de la reclamación administrativa.

Sin embargo, analizado el escrito de contestación de la demanda presentado por COLPENSIONES, se advierte que no hizo ningún pronunciamiento en relación con la ausencia de reclamación administrativa, ni tampoco formuló medio exceptivo en este sentido (expediente digital, carpeta 01PROCESODIGITALIZADO, subcarpeta 11001310503220190073301, páginas 62 a 83) y solo vino a poner de presente el incumplimiento de dicho requisito previo, en la etapa de alegaciones finales, cuando solicitó al despacho, la declaratoria oficiosa de este medio exceptivo *(archivo 21 AudienciaTramiteyJuzgamiento19Abril2022, record.33:44, expediente digital),* solicitud que fue acogida por el juez a quo, quien declaró oficiosamente la excepción de falta de reclamación.

Analizado el caudal probatorio aportado con la demanda, contrario a lo afirmado por el recurrente, encuentra la Sala, que en efecto no se aportó prueba que acredite que expresamente se solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión de vejez a favor del demandante, sin que sea posible entender agotado el cumplimiento del requisito con las solicitudes relativas a la ineficacia del traslado al RAIS y el retorno del actor a Régimen de Prima Media, siendo pertinente señalar que si bien en el escrito radicado por el apoderado de la parte demandante el 19 de abril de 2022 (archivo 17 InformaciónDemandanteAudiencia.pdf, expediente digital, refiere que el 28 de septiembre de 2021 radicó una segunda acción de tutela solicitando el reconocimiento de la pensión de vejez a favor de su representado y mediante dicho trámite COLPENSIONES se enteró de la solicitud del aquí demandante tendiente al reconocimiento pensional, lo cierto es que dicha acción constitucional fue incoada cuando ya se estaba adelantando el trámite de este proceso ordinario, por lo que no es posible entender que con la solicitud de tutela se hubiera agotado la reclamación administrativa.

Sin embargo, ha sido criterio de esta Sala de Decisión, compartiendo lo expuesto reiteradamente por la jurisprudencia, que en el evento de no haberse agotado la reclamación administrativa, la falta de competencia resulta saneada, cuando tal omisión no es alegada por la parte respecto a la que debía agotarse ese requisito. . Al respecto puede consultarse la sentencia de Casación Laboral proferida el 13 de octubre de 1999, Rad. 12.221, en la que la H. Corte advirtió que si el proceso cursa sin que se hubiere puesto de manifiesto en la oportunidad procesal pertinente la falta de agotamiento de la reclamación administrativa, el proceso debe fallarse de fondo, con lo cual se salvaguardan los *"principios de economía procesal, de saneamiento de las nulidades por incompetencia y de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, instituciones estas que constituyen soporte esencial para los propósitos del derecho procesal laboral: hacer efectiva la concepción social y tutelar del derecho laboral sustancial".*, criterio que fue reiterado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 12128 de 2014 con radicación No. 45819.

A partir de lo anterior, estima esta Corporación, que si bien la parte demandante no agotó el requisito de reclamación administrativa establecido en el artículo 6° del CPTSS, por no haberse alegado esta irregularidad por parte de COLPENSIONES como excepción previa en la oportunidad legal para ello, que lo era la contestación de la demanda, el juez de conocimiento debió resolver de fondo la pretensión del actor relativa al reconocimiento de la pensión de vejez, a tono con las enseñanzas de nuestro órgano de cierre y no declarar de oficio el medio exceptivo, ante la solicitud del apoderado de COLPENSIONES, porque ya no era la oportunidad para ello y la falencia procedimental ya se había saneado.

En ese orden, se revocará la decisión del juez a quo relativa a la declaratoria oficiosa de la excepción de falta de agotamiento de la reclamación administrativa y en su lugar, procederá la Sala al estudio del derecho pensional reclamado por el actor.

Así las cosas, en primer lugar corresponde a la Sala establecer si el demandante es beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, beneficio que de acuerdo con la modificación introducida al artículo 48 de la Constitución Política, por medio del parágrafo transitorio 4 del Acto

Legislativo 01 de 2005[4], tiene dos límites temporales, el primero de ellos, el 31 de julio de 2010, término para que los beneficiarios del citado régimen acreditaran el cumplimiento de los requisitos de edad y semanas de cotización o tiempo de servicios con miras a que tales supuestos y el monto de la pensión de vejez, fueran los establecidos en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados; y el segundo, en el evento de acreditar 750 semanas de cotizaciones acumuladas a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo -29 de julio de 2005- el beneficiario del régimen de transición continuaría cobijado por el mismo hasta el año 2014.

Como ya se analizó, el demandante contaba con 754,29 semanas de cotización a 1° de abril de 1994, (expediente digital carpeta 001, folio 89), es decir, obviamente cumple con el requisito de las 750 semanas acumuladas al 29 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, lo que en principio lo haría beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, debiendo proceder entonces a la verificación del régimen que le sería aplicable a efecto de establecer sus requisitos y la acreditación de los mismos en el plenario.

En cuanto al régimen anterior, se observa que el promotor del litigio durante su vida laboral efectuó cotizaciones al ISS hoy COLPENSIONES, desde el 26 de abril de 1978, fecha que se consigna en el reporte de semanas de cotización obrante en el expediente administrativo actualizado al 17 de febrero de 2020, aportado por la accionada, por lo que el régimen anterior aplicable a la situación pensional del actor lo sería el contenido en el Acuerdo 049 de 1990, que en su artículo 12 exige la edad de 55 años para la mujer y 60 años para el hombre y la acumulación de 500 semanas cotizadas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la misma o 1000 semanas en cualquier tiempo, eso sí, como se dijo, antes el 31 de julio de 2010.

En relación con el requisito de edad, encuentra la Sala que el demandante alcanzó los 60 años de edad el 5 de marzo de 2017, es decir, no solo con posterioridad al primer límite establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005, 31 de

[4] "*Parágrafo transitorio 4o. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.*
Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen"

julio de 2010, sino además, con posterioridad al año 2014, límite final del beneficio de la transición data para la cual necesariamente debían haberse cumplido los requisitos de edad y densidad de cotizaciones, conforme lo estableció el acto legislativo, razón por la cual se concluye que, en los términos del nuevo texto constitucional, el demandante ya no se encuentra amparado por el régimen de transición.

En virtud de lo considerado, advirtiendo que el actor no es beneficiario del régimen de transición, su derecho pensional debe ser definido a la luz del artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la ley 797 de 2003[5], disposición que exige para el caso de los hombres haber alcanzado 62 años en tanto a partir del 1° de enero del 2014 la edad se incrementó, y cotizaciones en total de 1.000 semanas las cuales se aumentaron desde el 1° de enero del año 2005 en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas.

De esta manera, como ya se mencionó, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 5 de marzo de 1957 (expediente digital carpeta 001, subcarpeta MM-3, expediente administrativo), por lo que los 62 años de edad, los cumplió el mismo día y mes del año 2019, ahora bien, en la historia laboral generada por PORVENIR S.A. (carpeta 01 expediente digitalizado archivo 11001310503220190073300.pdf páginas 14 y 15), se incluyen 754 semanas cotizadas a COLPENSIONES y 1.091 cotizadas a PORVENIR S.A. para un total de 1845 semanas a 30 de junio de 2019, razón por la cual es claro que para la data en que el actor cumplió los 62 años de edad, esto es, el 5 de marzo de 2019 tenía reunidas las 1300 semanas exigidas por la Ley, cumpliendo con ello los requisitos previstos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

---

[5] *"**Artículo 33.** Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:*

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre. A partir del 1° de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.
A partir del 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015".

Ahora, respecto de la fecha desde la cual debe ser otorgada la prestación, el artículo 17 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 4 de la Ley 797 del 2003 señala que "*La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínimo de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente.*"

No obstante lo anterior, como en autos no hay certeza frente a la última cotización efectuada por el actor, contrario a ello para la data de presentación de la demanda el demandante se encontraba activo y cotizando, pues de la historia laboral aportada por Porvenir el último ciclo registrado es de junio de 2020 (carpeta 01 expediente digitalizado archivo 11001310503220190073300.pdf paginas 48) sin que exista novedad de retiro, razón por la cual el reconocimiento pensional deberá supeditarse al día siguiente de la fecha de la última cotización o cuando se reporte la novedad de retiro, pues si bien el derecho pensional se causó el 5 de marzo de 2019 por el cumplimiento de los requisitos exigidos para la pensión de vejez, no es posible disfrutarla ni exigirla sino hasta el momento en que se haya efectuado el retiro del sistema del actor, por lo que se declarará que el señor CARLOS HUMBERTO NOVOA LOZANO acreditó los requisitos para la pensión de vejez bajo las preceptivas del régimen de prima media y conforme las previsiones de los artículos 33 y 34 de la ley 100 de 1993, la que se hará exigible una vez se acredite su desafiliación al sistema general de pensiones por parte del demandante, precisando que el monto de la mesada, deberá ser calculado conforme lo previsto en el inciso 3º del artículo 21 de la ley 100 de 1993, esto es con lo devengado en toda la vida o durante los 10 últimos años anteriores al reconocimiento dependiendo lo que le resulte más favorable, dado que como quedo visto la demandante cuenta con más de 1250 semanas de cotización y al cual se deberá aplicar la tasa de remplazo que se obtenga de conformidad con el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, todo ello al momento del retiro del servicio.

El otro punto objeto de apelación fue la absolución de la demandada frente a los perjuicios reclamados por el actor en su demanda, sin embargo, la parte demandante no hizo ningún esfuerzo probatorio para acreditar su ocurrencia, por lo que se confirmará la absolución impartida en primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia

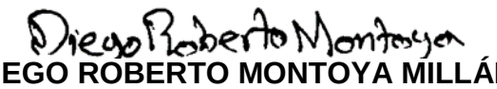
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley;

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE LOS ORDINALES PRIMERO Y SEGUNDO de la parte resolutiva de la sentencia recurrida, en el sentido de DECLARAR que el señor CARLOS HUMBERTO NOVOA LOZANO acreditó los requisitos para la pensión de vejez bajo las preceptivas del régimen de prima media y conforme a las previsiones de los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, la cual se hará exigible una vez se acredite la desafiliación del demandante al sistema general de pensiones, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia de primer grado en lo demás, conforme lo analizado en este proveído.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR AMPARO VILLEGAS CANO CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP - (RAD. 32 2021 00137 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la parte demandada mediante correo electrónico del 7 de abril del 2022 (fls. 3 a 7), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y por la UGPP, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, de la sentencia proferida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 1° de marzo del 2022 (audio archivo 9 expediente digital Record: 37:28), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE*** *la excepción de prescripción respecto a las mesadas adicionales reclamadas causadas con anterioridad al 25 de septiembre de 2017 y* ***NO PROBADAS*** *las demás excepciones formuladas por la demandada.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR*** *que la demandante AMPARO VILLEGAS CANO tiene derecho al reconocimiento y pago de la mesada adicional del mes de junio o mesada catorce desde la misma fecha de reconocimiento de su pensión de jubilación convencional y a futuro.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR*** *a la demandada UGPP apagar a la demandante AMPARO VILLEGAS CANO el retroactivo de las mesadas adicionales causadas entre junio de 2018 y la fecha en que sea incluido en nómina de Pensionados, retroactivo que, calculado la fecha de esta decisión, asciende a la suma de*

> *$9.872.388.02 y que deberá cancelarse de manera indexada desde la fecha de causación de cada una de las mesadas adicionales adeudadas y hasta el momento de su pago definitivo.*
>
> ***CUARTO: CONDENAR** en costas a la demandada y a favor de la demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias enderecho una suma equivalente a 1smlmv.*
>
> ***QUINTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión, y en lo desfavorable a la demandada remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta."*

Contra lo decidido, la parte demandante interpuso recurso de apelación únicamente en lo relacionado con la excepción de prescripción, aduciendo fue el 17 de enero del 2020 que la señora Amparo Villegas Cano interrumpió de manera definitiva la prescripción haciendo uso del derecho de petición ante la UGPP enviado por correo certificado a través de la empresa de mensajería Interrapidisimo, por lo que se deben tener como prescritas las mesadas anteriores al 18 de enero del 2017, solicitando se modifique la sentencia (Audio archivo 9, expediente digital, record: 39:15)[1]

Por su parte la UGPP refirió en la impugnación que la Honorable Corte Constitucional ha establecido que se debe continuar recibiendo 14 mesadas pensionales para aquellas personas que estén solo y únicamente en ciertos supuestos que son: quienes al 25 de junio de 2005 ya tuvieren la calidad de pensionados o hubieren reunido todos los requisitos para tal efecto y cuya pensión no hubiese excedido de esos 3 smlmv y quienes hubiesen adicionalmente adquirido el status jurídico de pensionados bien sea entre el 25 de julio del año 2005 y el 31 de julio del año 2011, y su mesada pensional fuera inferior a 3 smlmv, precisando tales situaciones no se dan en este caso toda vez que la pensión de la

[1] **Apoderada demandante (Record 39:15):** Su señoría de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación, ante el Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial sala laboral, para que en efecto modifique la sentencia proferida por el despacho, en los siguientes términos.

En lo que se refiere a la excepción de prescripción que se dio probada parcialmente por el despacho en lo que se refiere a las partes, a las consideraciones y la parte resolutiva de la sentencia, debe este apoderada argumentar que el 17 de enero de 2020, la señora AMPARO VILLEGAS CANO interrumpió de manera definitiva la prescripción haciendo uso del derecho de petición ante la Unidad Administrativa Especial, ante la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, derecho de petición que envió por correo certificado por la Empresa interrapidisimo, en factura 901266199, que aparece como documental y que fue aportada en el escrito de la demanda, en este sentido y teniendo en cuenta el término trienal de prescripción por el código del proceso del trabajo, por el código procesal del trabajo y de la seguridad social, se deberá entonces tener como prescritas las mesadas a partir del 18 de enero de 2017, en esta medida ruego Honorables magistrados se tenga en cuenta el término trienal el cual estoy argumentando, pues este recurso de apelación y en este sentido ruego se modifique pues parcialmente la sentencia proferida. Muchas gracias.

demandante asciende a 3,35 smlmv por lo que solicita se desestimen las pretensiones de la parte actora y se revoque la sentencia proferida en primera instancia. (Audio archivo 9, expediente digital, record: 41:11[2])

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante AMPARO VILLEGAS CANO en este ordinario, las pretensiones relacionadas en el acápite respectivo de la demanda (página 108 y 109 del Archivo 1 expediente digital) las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos narrados y que se advierten en las páginas 107 y 108 ibídem, aspirando principalmente se declare fue retirada de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero el 27 de junio de 1999 por la liquidación de la entidad sin haber cumplido la edad de 50 años y con 20 años de servicio a la Caja y por ende el derecho pensional convencional se causó el 27 de junio de 1999, en consecuencia se condene a la UGPP a reestablecer, liquidar y ordenar el pago de la mesada adicional causada desde junio del 2013 y a futuro, como también la indexación de tales mesadas hasta cuando sea incluida en nómina, costas del proceso y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones**, pues se accedió al reconocimiento de la mesada adicional, pero a partir de junio del 2018 por

[2] **Apoderado demandada (Record 41:11):** Gracias señor juez, dentro de la oportunidad procesal pertinente me permito interponer recurso de apelación, haciendo mención como primera medida en lo mencionado por la Honorable Corte Constitucional en sentencia C178 del 14 de marzo del año 2007, cuyo magistrado ponente fue el doctor Manuel José Cepeda Espinoza sentencia en la cual se hizo énfasis en el estudio que realizo el Congreso de la República incluido en la gaceta del Congreso 505, como mencionaba haciendo estudio respecto a los aspectos pensionales y uno de ellos siendo este el de la concesión de la mesada 14 pensional, no solo haciendo énfasis a su vigencia, sino a los factores para liquidar dichas pensiones y los requisitos para que los pensionados accedieran a la misma, y es en este caso en particular que junto a lo mencionado en los alegatos de conclusión, que derivado de la tesis planteada por la Honorable Corte Constitucional se mencionó que se continuará recibiendo 14 mesadas pensionales por aquellas personas que estén solo y únicamente en ciertos supuestos, y estos supuestos son que a quienes el 25 de junio de 2005 ya tuvieren la calidad de pensionados, o hubieren reunido todos los requisitos para tal efecto y cuya pensión no hubiese excedido de esos 3 smlmv, quienes hubiesen adicionalmente adquirido el status jurídicos de pensionados bien sea entre el 25 de julio del año 2005 y el 31 de julio del año 2011, y su mesada pensional fuera inferior a 3 smlmv, situación que en este caso no sucede, toda vez que la pensión de la señora AMPARO asciende a 3,35 smlmv y es en razón de los argumentos planteados que en el caso particular se observa que la señora amparo no se encuentra dentro de ninguno de los dos supuestos anteriores, pues su mesada pensional fue reconocida en valor superior a esos 3 smlmv, y es en ese orden de ideas que se solicita de manera respetuosa a los honorables magistrados para que desestimen las pretensiones de la parte actora, revoquen la sentencia proferida en primera instancia y pues la actora sea condena en costas a la misma. Muchas gracias su señoría.

efectos de la declaratoria parcial de la excepción de prescripción, disponiendo como pago de retroactivo la suma de $9.872.388, debidamente indexado, ello tras considerar que la pensión de la actora se causó el 27 de junio de 1999 y en esa medida no es viable aplicar el acto legislativo 01 del 2005, siendo la edad una condición para el disfrute más no para su exigibilidad.

De tal manera, habida cuenta que se conoce del presente proceso además de los motivos de la alzada, en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP, se abordará el estudio del presente asunto en lo que le fue desfavorable a la traída a juicio.

En esa orientación, en primer término, debe indicarse, no es motivo de controversia, a la demandante le fue reconocida pensión de jubilación convencional a través de la Resolución 05246 del 24 de abril del 2007 a partir del 7 de abril del 2007 en suma de $834.751,04 (páginas 9 a 12 Archivo 1 expediente digital), la cual posteriormente fue indexada según se indica en la Resolución 270 del 31 de enero del 2012 estableciendo como mesada para el 7 de abril del 2007 la suma de $1.490.544 (páginas 13 a 15 archivo 1 expediente digital)

Pues bien, teniendo en cuenta los argumentos expuestos en la alzada por el apoderado de la UGPP, procede esta Sala a dilucidar si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de las mesadas adicionales de junio reclamadas.

Así las cosas, como quiera que la pensión de la que goza la actora tiene asidero en el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999[3], ha de

[3] *"**ARTÍCULO 41o. PENSIÓN DE JUBILACIÓN. REQUISITOS**. A partir del dieciséis de enero de 1992, los trabajadores de la Caja Agraria, cuando cumplan veinte (20) años de servicio a la Caja, continuos o discontinuos, y lleguen a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (55) años los varones, tendrán derecho a que la Caja les pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios.*

Con todo, quienes el dieciséis (16) de marzo de 1992 tuvieren dieciocho (18) o más años de servicio a la Caja, continuos o discontinuos, tendrán derecho a la pensión cuando cumplan cuarenta y siete (47) años de edad y veinte (20) años de servicio. Quienes hayan cumplido los requisitos anteriores para el ejercicio o disfrute de la pensión de jubilación deberán solicitar el reconocimiento de la respectiva prestación dentro de un término no superior a un (1) año contado a partir de la fecha de la firma de la presente Convención. Para quienes no hayan adquirido este derecho y cumplan los requisitos de edad y tiempo de servicio, igualmente deberán solicitar el reconocimiento de la

recordarse el cumplimiento de la edad, en casos como el de autos, según se colige, sin dubitación alguna, del texto convencional, es un requisito no para su causación, sino para su exigibilidad. Así se ha considerado en múltiples pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral del Corte Suprema de Justicia, como por ejemplo en Sentencias SL 4550 Rad. 58244 (10/10/2018), SL 289 Rad. 62107 (14/02/2018), SL 526 Rad. 63158 (14/02/2018), SL 3280 Rad. 78562 (6/08/2019), SL 5178 Rad. 71315 (25/11/2020) y SL 803 Rad. 71316[4] (09/03//2021) providencias que exponen el referido criterio.

---

respectiva prestación dentro de un término no superior a un (l) año contado a partir de la fecha en que cumplan los requisitos.

Si el trabajador no hace la expresa solicitud aquí prevista dentro de los términos señalados la pensión se regirá de la siguiente manera:

a) Para las personas con cuarenta y siete (47) años de edad y veinte (20) años de servicio su pensión se regirá por las normas convencionales, es decir, a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (55) años los varones.

b) Para los que se rijan por el régimen convencional, veinte (20) años de servicio, y cincuenta (50) años de edad las mujeres y cincuenta y cinco (55) años de edad los varones, su pensión se regirá por las normas legales vigentes.

El pago de las pensiones de jubilación de carácter convencional que la Caja haya reconocido o reconozca en el futuro, continuará haciéndose directamente por la entidad al Beneficiario.

Así mismo, la Caja se compromete a reconocer a los pensionados, de acuerdo con la Ley 4ª de 1966, los beneficios establecidos en dicha ley.

PARÁGRAFO 1o. El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 si es mujer, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad siempre que haya cumplido el requisito de veinte (20) años de servicios a la Institución. *(...)".* (Negrillas fuera del texto).

[4] *"Sobre este asunto hay que decir, que la Corte ya tuvo oportunidad de analizar la estipulación convencional citada en precedencia y que genera la controversia, es así que en providencia CSJ SL526-2018, reiterada entre otras en CSJ SL4550-2018, CSJ SL2661-2019 y CSJ SL5030-2019, señaló que el parágrafo 1° de la aludida cláusula 41 de la CCT suscrita entre Sintracreditario y la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, aplica a los extrabajadores de la entidad, esto es, a quienes en vigencia del acuerdo colectivo de trabajo perdieron su condición de activos, siempre que acrediten haber prestado cuando menos 20 años de servicio a la entidad, pues en estos casos la edad es un mero requisito de exigibilidad.*
(...)
Pues bien, de los argumentos fácticos y jurídicos expuestos en la citada jurisprudencia, surge claro que el parágrafo 1° de la cláusula 41 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre Sintracreditario y la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero aplica a extrabajadores de la entidad, esto es, a quienes en vigencia de la convención colectiva de trabajo perdieron su condición de activos, siempre y cuando acrediten haber prestado cuando menos 20 años de servicio a la entidad; en estos eventos el disfrute o goce de la prestación se inicia cuando se arriba a la edad de 50 años para el caso de la mujer y 55 si es hombre.

Así las cosas, es dable concluir, entonces, que para el 31 de julio de 2010, cuando por fuerza del parágrafo transitorio 3º del Acto Legislativo 01 de 2005, perdieron vigencia las reglas de carácter pensional que regían, contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, entre ellas las que aquí se tratan, el demandante ya contaba con un derecho adquirido, pues había reunido los requisitos para consolidar el derecho pensional de orden convencional discutido, esto es, el tiempo de servicios equivalente a 20 años, pues laboró entre el 2 de marzo de 1977 y el 27 de junio de 1999, así como la

Por manera que, no puede ser la fecha del cumplimiento de la edad la determinante para la causación de la pensión, téngase en cuenta conforme a lo expuesto en la jurisprudencia citada, la pensión de jubilación de la promotora del litigio se causó desde el 27 de junio de 1999 fecha en la cual se retiró del servicio de la CAJA DE CREDITO INDUSTRIAL Y MINERO (conforme se señala en la resolución del reconocimiento pensional), resultando por ende acertado inferir que la demandante tiene derecho a que le sean pagadas 14 mesadas al año, pues como ya se anotó el derecho pensional extralegal se causó en 1999, esto es, en vigencia de la Ley 100 de 1993, la cual estableció en su art. 142 la mesada 14, beneficio que se reconoce a todo tipo de pensiones[5], siempre que se hayan causado con anterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005, como se dispuso en el inciso 8 del art. 1:

> **"ARTÍCULO 1o.** Se adicionan los siguientes incisos y parágrafos al artículo 48 de la Constitución Política:
> **...**
> Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento".

En cuanto a los argumentos de apelación de la UGPP relacionados con la improcedencia de la condena toda vez que la mesada pensional de la demandante es superior a los 3 SMMLV, encuentra esta instancia que lo argumentado por el recurrente se sustenta en lo dispuesto en el parágrafo 6º transitorio del art. 1 del acto legislativo 01 de 2005 que establece:

> "Parágrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

No obstante, en este punto ha de tenerse en cuenta que la pensión de la señora AMPARO VILLEGAS CANO se causó el 27 de junio de 1999, es decir en vigencia de la Ley 100 de 1993 y antes de la expedición del acto legislativo 01 de 2005, esto es el 29 de julio de 2005, razón por la que se itera su derecho a las mesadas

---

desvinculación laboral en esa última fecha; por lo que apenas estaba pendiente de arribar a la edad requerida para el goce o disfrute de la pensión, lo que ocurrió el 8 de octubre de 2011."

[5] En sentencias SL-3689-2021; SL-2655-2021 y SL-3438-2021 se itera que: "La naturaleza de la pensión -legal o extralegal- es indiferente frente al reconocimiento de las mesadas trece y catorce, a menos que la prestación se haya causado con posterioridad a la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005".

adicionales de junio "mesada catorce" no tienen por qué salir afectadas con la expedición de dicha normativa.

Al respecto el órgano de cierre de esta jurisdicción en providencia SL 5132-2020 precisó:

> *"1. De la mesada catorce:*
>
> *Las mesadas adicionales de diciembre y junio, fueron creadas en dos momentos distintos: la primera a través del artículo 5.º de la Ley 4.ª de 1976 recogido en el artículo 50 de la Ley 100 de 1993, y la segunda -que se discute- a través del artículo 142 de la misma norma sustancial la cual prevé:*
>
> *Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, del sector público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.*
>
> *[...]*
>
> *Como se observa, inicialmente el legislador restringió el alcance de la mesada de junio -la catorce- a quienes causaran la pensión antes del 1.º de enero de 1988, pero tal límite fue declarado inexequible por la Corte Constitucional a través de la sentencia C-409-1994, al considerar que esa exclusión quebrantó la prohibición supralegal de crear situaciones discriminatorias al interior de los mismos grupos de jubilados «otorgando privilegios para unos en detrimento de los otros, al restringir el ejercicio del derecho a la misma mesada adicional sin justificación alguna, para aquellos pensionados jubilados con posterioridad al 1o. de Enero de 1988». Por tanto, la mesada adicional de junio que se instituyó para beneficiar a un grupo selecto, se extendió a todos los pensionados sin excepción.*
>
> *(...) el anterior recuento se concluye que: (i) en virtud de la sentencia CC C-409-1994, la mesada adicional de junio de que trata el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 se aplica a todos los pensionados sin excepción; (ii) a partir de la vigencia del Acto legislativo 01 de 2005 (29 de julio de 2005), dicha prerrogativa fue derogada, salvo para quienes recibieran pensiones iguales o inferiores a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes y (iii) tal beneficio se extinguió definitivamente a partir del 31 de julio de 2011 por virtud de la citada norma supralegal, es decir, las pensiones causadas con posterioridad a tal fecha no pueden ser reconocidas en 14 mesadas al año"».*
>
> *En virtud de la sentencia C-409-1994, proceden las mesadas adicionales contempladas en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 a todos los pensionados con independencia de que la prestación haya sido causada después del 1 de enero de 1988*
>
> *«Posteriormente, y dentro de un asunto con matices similares a los acontecidos en el presente caso, donde fungió como demandada la extinta Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero a quien se le reclamó el pago de la pensión restringida de*

jubilación, esta Sala emitió la sentencia CSJ SL1366-2020, donde se dijo lo siguiente:

"[…] 2.- De la pensión del demandante y la mesada adicional de junio

[...]

Pues bien, tal como lo advirtió el juez de segundo grado, el actor consolidó la pensión el 16 de noviembre de 1991 cuando se retiró por mutuo acuerdo, después de más de 19 años de servicios de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y no el 29 de septiembre de 2011, toda vez que en esta fecha solo se hizo exigible la prestación, pero el derecho ya se encontraba en su haber.

Así, es evidente que el accionante tiene derecho al reconocimiento de la mesada adicional de junio en virtud de la sentencia CC C-409-1994, en el sentido de que aun cuando su pensión se causó en noviembre de 1991, en todo caso fue cobijado por los beneficios del artículo 142 de la Ley 100 de 1993, sin verse afectado por la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, dado que la prestación se consolidó antes de que esta entrara en vigor. Por tal motivo, el Tribunal no se equivocó al concluir la procedencia de la mencionada mesada adicional, tal como lo ha reiterado esta Corporación en casos de similares, entre otras, en las sentencias CSJ SL840-2019, CSJ SL1349-2019, CSJ SL2054-2019, CSJ SL3782-2019 y CSJ SL5110-2019".

Igualmente, en sentencia SL525-2022 Radicado 71186 del 16 de febrero del 2022 la misma Corporación dispuso:

"En consecuencia, se ordenará al Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, competencia asumida hoy por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, a actualizar el salario base para calcular la pensión convencional desde el 27 de junio de 1999 hasta el 27 de octubre de 2012, fecha en que se hizo exigible por el cumplimiento de la edad requerida, con sus consecuentes reajustes legales año a año, incluyendo las respectivas mesadas adicionales de junio y diciembre, en tanto que su causación, como ya se dijo, se dio con el tiempo de servicios y la desvinculación del trabajador por causa imputable a la empresa, lo que aconteció el 29 de junio de 1999, es decir, con anterioridad a la vigencia del Acto Legislativo 01/05, constituyendo por lo tanto un derecho adquirido, siendo la edad solo una condición para la exigibilidad del derecho pensional (…).

(…)
Dicha postura relativa a la obligación de asumir el 100% de la mesada 14, tiene sustento en la línea jurisprudencial de la Sala, siendo del caso rememorar lo dicho en la sentencia CSJ SL4517-2020, en donde se resolvió asunto de similares contornos al que ahora ocupa la atención de la Corte, y en la que se sostuvo:

Bajo este horizonte, resulta claro que la mesada adicional de junio hace parte del mayor valor que debe reconocer el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural en virtud de la compartibilidad pensional, de suerte que, de cara al inciso 1º del artículo 43 del Decreto 692 de 1994, la «proporción» que le corresponde asumir a la empleadora por concepto de mesada 14, es el 100%.

En punto del debate, esta Sala en la sentencia CSJ SL3834-2019, donde se debatió un asunto de similares contornos al que ahora ocupa la atención de la Sala, sostuvo:

> *[…] en casos como el presente, la mesada adicional de junio hace parte del mayor valor que debe reconocer Electricaribe S.A. ESP en virtud de la compartibilidad pensional. De suerte que, de cara al inciso 1.º del artículo 43 del Decreto 692 de 1994, la «proporción» que le corresponde asumir a la empleadora por concepto de mesada 14, es el 100%.*
>
> *Basta agregar que esta Corporación en anteriores oportunidades, se ha referido al tema de la mesada adicional de junio de las pensiones convencionales, entre otras, en la sentencia CSJ SL7917-2015, en los siguientes términos:*
>
> *Lo cierto es que el Tribunal no incurrió en yerro jurídico alguno al imponer la condena en la forma en que lo hizo, pues si la pensión convencional del actor fue reconocida antes de la vigencia del Acto Legislativo 1 de 2005 y el actor venía recibiendo su importe en el equivalente a catorce mesadas anuales, el valor de cada anualidad es el que debe observarse para efectos de la compartibilidad con la pensión de vejez que le otorgó el ISS en vigencia de la referida normatividad, sin que importe finalmente si el ISS no reconoce la mesada adicional de junio por superar la pensión de vejez el monto de los tres salarios mínimos legales mensuales vigentes de acuerdo con la restricción que le impone el citado acto legislativo. Basta comparar la diferencia cuantitativa que existe entre las catorce mesadas que pagaba el Ministerio y las trece que reconoció y paga el ISS, de manera que si el monto de las primeras supera el monto de las segundas, la diferencia entre las dos debe ser asumida por el Ministerio, pues eso es finalmente el efecto que surge de la figura de la compartibilidad pensional. Como lo dijo esta Corporación en sentencia SL17444-2014, si «como quedó dilucidado, la entidad accionada le venía reconociendo el pago de la mesada catorce hasta antes de que el ISS les reconociera la pensión de vejez, luego la misma forma parte del «mayor valor» al cual por ley está obligado a asumir por efecto de la compartibilidad pensional.*
>
> *Esta postura de la Sala ha sido reiterada en diversos pronunciamientos tales como: CSJ SL13254-2015, CSJ SL7917-2015, CSJ SL11584-2015, CSJ SL7917-2015, CSJ SL7909-2015, CSJ SL4819-2015, CSJ SL8296-2017, entre otros.*
>
> *Así las cosas, como la pensión de jubilación reconocida por la demandada a Luis Enrique Niño Verbel fue causada antes de la modificación introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005, y el ISS reconoció la prestación por vejez en vigencia del mismo y fue superior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicho instituto no asumió la mesada adicional de junio y, por tal motivo, en virtud de la compartibilidad pensional, es la empleadora la obligada a responder por ella al formar parte del mayor de valor que, por ley, tiene a su cargo y tratarse de un derecho adquirido.*

Por lo tanto, del criterio jurisprudencial expuesto válido es concluir, los pensionados que hayan consolidado su derecho a las mesadas adicionales con anterioridad a la expedición del acto legislativo 01 de 2005 no pueden salir afectados por las modificaciones de la referida enmienda constitucional.

Lo que quiere decir que la actora no está cobijada por la excepción establecida en el parágrafo 6º transitorio, relacionado en precedencia, resultando imperioso

respetar ese derecho, incluso porque en el inciso 10° del Art. 48 Superior quedó claro que en materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos[6].

Dilucidado lo anterior y previo a revisar el valor del retroactivo adeudado, entra la Sala a estudiar la excepción de prescripción propuesta por la accionada (pág. 10, archivo 4 expediente digital)[7], señalándose en este punto, está llamada a prosperar parcialmente, toda vez que la exigibilidad del derecho lo fue a partir del 7 de abril de 2007 data en la que la actora cumplió los 50 años de edad; presentando reclamación el **25 de septiembre del 2020** (págs. 17 a 22 Archivo 1 expediente digital) y acudiendo a la jurisdicción el 18 de febrero de 2021 (pág. 117 Archivo 1 expediente digital), evidenciándose, transcurrió el termino trienal establecido en el artículo 151 del C.P.L. y S.S. desde la exigibilidad del derecho y hasta los tres años anteriores a la reclamación, es decir, operó dicho fenómeno respecto de las mesadas causadas entre el 7 de abril del 2007 y el 25 de septiembre del 2017, por lo que en efecto como lo señaló el Juez de primer grado solo es a partir de la mesada de junio del 2018 que se liquidará el retroactivo pensional.

Téngase en cuenta si bien la apoderada de la demandante refiere en su apelación que la interrupción de la prescripción se dio el 17 de enero del 2020 con petición radicada ante la UGPP a través de correo certificado, la misma no obra en el expediente razón por la cual se tomara como fecha de interrupción la radicada el 25 de septiembre del 2020.

En este orden de ideas, procederá la Sala a verificar la condena impuesta por retroactivo, con apoyo del grupo liquidador creado por el Consejo Superior de la Judicatura, las cuales hacen parte íntegra de ésta decisión, cuyas operaciones aritméticas arrojaron como valor de mesadas adicionales adeudadas de junio del 2018 a junio del 2021 la suma de **$9.872.319** cifra levemente inferior a la ordenada en primera instancia ($9.872.388,02), razón por la cual se modificará la decisión

[6] Constitución Política de Colombia, art. 48 <Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos.

[7] Por auto del 3 de septiembre de 2021 se tuvo por contestada la demanda por parte de la UGPP (pág., 50, archivo 001, exp. digital).

del *a quo* en este punto, en virtud de la consulta que se surte en favor de la UGPP, precisando éste se seguirá causando hasta la fecha de inclusión en nómina.[8]

Por otro lado, esta Sala de decisión autorizará a la UGPP a realizar las deducciones por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, respecto del retroactivo adeudado a la actora[9], de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del Decreto 692 de 1994 reglamentario de la Ley 100 de 1993 el cual dispuso que "se *entienden incorporados al sistema general de pensiones los pensionados trabajadores del sector privado y del sector público",* mientras que en su artículo 42 permitió a las entidades pagadoras *"descontar la cotización para salud y transferirlo a la EPS o entidad a la cual este afiliado el pensionado en salud",* adicionándose en este punto el fallo apelado y consultado.

En otro giro, en lo que tiene que ver con la indexación –objeto de condena -, debe la Sala recordar que la institución jurídica de la indexación persigue una actualización de la obligación en cuanto al poder adquisitivo que tenía en la fecha en que debió de haberse solucionado y aquella en que efectivamente se pague, esto es, que el inexorable paso del tiempo, sin otro condicionamiento, distinto al impago del deudor, justifica el reajuste o corrección monetaria, siendo los índices de devaluación un hecho notorio, lo que evita demostrar esa situación.

[8]

Tabla Retroactivo Pensional Mesada 14					
Fecha inicial	**Fecha final**	**Incremento %**	**Valor mesada**	**Nº. Mesadas**	**Subtotal**
01/01/07	31/12/07	4,48%	$1.490.544,00	0,00	$0,0
01/01/08	31/12/08	5,69%	$1.575.356,00	0,00	$0,0
01/01/09	31/12/09	7,67%	$1.696.186,00	0,00	$0,0
01/01/10	31/12/10	2,00%	$1.730.110,00	0,00	$0,0
01/01/11	31/12/11	3,17%	$1.784.954,00	0,00	$0,0
01/01/12	31/12/12	3,73%	$1.851.533,00	0,00	$0,0
01/01/13	31/12/13	2,44%	$1.896.710,00	0,00	$0,0
01/01/14	31/12/14	1,94%	$1.933.506,00	0,00	$0,0
01/01/15	31/12/15	3,66%	$2.004.272,00	0,00	$0,0
01/01/16	31/12/16	6,77%	$2.139.961,00	0,00	$0,0
25/09/17	31/12/17	5,75%	$2.263.009,00	0,00	$0,0
01/01/18	31/12/18	4,09%	$2.355.566,00	1,00	$2.355.566,0
01/01/19	31/12/19	3,18%	$2.430.473,00	1,00	$2.430.473,0
01/01/20	31/12/20	3,80%	$2.522.831,00	1,00	$2.522.831,0
01/01/21	31/12/21	1,61%	$2.563.449,00	1,00	$2.563.449,0
01/01/22	**31/03/22**	5,62%	$2.707.515,00	0,00	$0,0
Total retroactivo				**$9.872.319,00**	

[9]Ver al respecto la sentencia de la CSJ S.L. Radicación No. 35763 del 27 de enero del 2010, la cual adujo:

"*De otro lado, no habrá lugar a modificar la sentencia de primer grado, para autorizar al demandado descontar del retroactivo pensional las sumas que correspondan a los aportes obligatorios para salud a cargo de la adora, dado que, por expresa disposición legal -inciso tercero del artículo 42 del Decreto 692 de 1994, está obligado a ello*"

La indexación no busca resarcir un perjuicio económico en estricto sentido, como ya quedó dicho, sino adaptar a la realidad económica del país un fenómeno particular de igual naturaleza, con ello no se recibe una ventaja económica ni se indemniza por el retardo en el pago, como tampoco se percibe un rendimiento del capital adeudado, solo se recauda el monto obligacional con capacidad adquisitiva, igual a la que tenía a la fecha en que se debió pagar.

Así las cosas, de manera evidente, entre la fecha en que debió reconocerse la mesada adicional y el pago de las adeudadas, habrá transcurrido un interregno considerable, por lo que, resulta procedente la indexación sobre la suma reconocida, teniendo en cuenta la fecha que medie entre su exigibilidad y la fecha en que efectivamente se haga el pago, aplicando la fórmula que para tal fin se estableció en la Sentencia proferida dentro de la Radicación No. 31222, por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, confirmándose su condena.

En los términos anteriores, la Sala procede a modificar el monto del retroactivo adeudado, adicionándola en el punto atrás citado y confirmando en lo demás la sentencia de primera instancia.

Sin **COSTAS** en esta instancia.

En mérito de los expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ,** Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

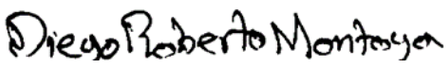
PRIMERO: MODIFICAR el numeral **TERCERO** de la sentencia apelada y consultada, para en su lugar establecer como retroactivo adeudado por mesadas adicionales de junio de 2018 a junio del 2021 a favor de la señora AMPARO VILLEGAS CANO la suma de **$9.872.319**, el cual se seguirá causando hasta la fecha de inclusión en nómina y se cancelará debidamente indexado a la fecha en que se efectué el pago, de acuerdo a lo anteriormente considerado.

SEGUNDO: ADICIONAR el fallo de primera instancia, en cuanto a que se dispone **AUTORIZAR** a la UGPP a realizar los correspondientes descuentos por concepto de aportes a seguridad social en SALUD, del retroactivo adeudado a la demandante

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del Juez 32 Laboral del Circuito de Bogotá, de acuerdo a las consideraciones expuestas.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR FLOREIDA IBAÑEZ GARCIA CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP y como interviniente excluyente ROSALBA VELASQUEZ DE GALLEGO (RAD. 33 2016 00548 02).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la demandada UGPP (fls.241 a 246) y por la parte demandante (fls. 247 a 249), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la demandante y por la UGPP, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., el 29 de octubre de 2021 (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, Art. 80 del C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, cd flo. 236), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** que a las señoras FLOREIDA IBAÑEZ GARCÍA y ROSALBA VELASQUEZ DE GALLEGO, les asiste el derecho a que la demandada UGPP les reconozca y pague la pensión de sobrevivientes del causante FRANCISCO JAVIER GALLEGO SÁNCHEZ.*

> ***SEGUNDO**: **CONDENAR** a la UGPP A RECONOCER Y PAGAR A LA DEMANDANTE FLOREIDA IBAÑEZ GARCÍA y a la interviniente ad excludendum ROSALBA VELASQUEZ DE GALLEGO, la pensión de sobrevivientes del causante FRANCISCO JAVIER GALLEGO SANCHEZ, a partir del 9 de mayo de 2015 y en los siguientes porcentajes:*
> *-ROSALBA VELASQUEZ DE GALLEGO: 72.22% del 50% de la mesada*
> *-FLOREIDA IBAÑEZ GARCIA:27.77% del 50% de la mesada*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** a la UGPP a pagar a la demandante FLOREIDA IBAÑEZ GARCIA y a la interviniente ad excludendum ROSALBA VELASQUEZ DE GALLEGO, las sumas de nueve millones setecientos cuarenta y cuatro mil ochocientos ochenta y siete pesos ($9'744.887) y veinticinco millones trescientos treinta y tres mil novecientos tres pesos ($25'333.903), respectivamente por concepto de mesadas pensionales causadas desde el 9 de mayo de 2015 al 30 de septiembre de 2021, valores que deberán ser indexados al momento de su pago efectivo. Se autoriza a la entidad pensional a descontar de la anterior cifra lo correspondiente a los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud.*
>
> ***CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas por la demandada UGPP denominadas "cobro de lo no debido y prescripción", de conformidad con lo indicado en la parte motiva.*
>
> ***QUINTO:** Sin costas en la instancia.*
>
> ***SEXTO: CONCEDER** el grado jurisdiccional de consulta a favor de la UGPP, de conformidad con lo señalado en el artículo 69 del CPT y SS."*

Inconforme con la decisión el apoderado judicial de la demandante FLOREIDA IBAÑEZ GARCÍA la apeló, solicitando se modifique el porcentaje reconocido a la demandante y la interviniente excluyente y se les otorgue el derecho pensional en un 50% a cada una, teniendo en cuenta que si bien existió un vínculo matrimonial y una relación de convivencia, el primero se evidenció en los primeros años de vida del causante, en tanto la demandante debió socorrerlo durante los últimos años de su vida, cuando la carga resulta mayor. Solicitó se tengan en cuenta las precarias condiciones de vida de la señora Floreida, para concederle el derecho en igualdad a la cónyuge del causante. Así mismo solicitó se tenga en cuenta que de los medios de prueba recaudados no se pudo establecer con claridad la fecha hasta la cual se verificó la convivencia del causante y su esposa[1] (Audiencia virtual de trámite

[1] ***Apoderado demandante (52:24):** Su señoría muchas gracias por su tiempo, mil gracias a todos por su tiempo. Conservando con mi mandante en efecto me comenta que no ve justo que*

no haya al menos una equivalencia en el derecho, a lo cual debo referirme a lo siguiente en pro del beneficio de mi mandante por supuesto y a lo que convoca mi hacer que es estar en el beneficio de mi mandante y en efecto al hacer el análisis lo que uno observa es que si bien es cierto que no estamos en desacuerdo con su señoría en el análisis que además hace en buena obra, respecto al hecho de que estuviera compartida la pensión, que de por sí.

Si su señoria respetuosamente presentó el recurso de apelación parcial por las siguientes razones, como bien lo refería el doctor Ariel intentando una conciliación entre las partes, en la cual se buscaba que ninguna de las dos ser viera afectada, y por el contrario tuvieran una equivalencia atendiendo que en efecto hubo una convivencia y matrimonio inicial, pero también hubo una persona que al final atendido los achaques (sic), de las personas adulta, no fueron ni uno, dos o tres años como normalmente suele pasar, uno observa que quizás en algunas situaciones muy particulares, este no es ese caso en particular, este es un caso especifico donde una familia, en unas condiciones particulares, culturales, académicas y demás que ustedes ya conocen en el expediente que no me voy a referir por respeto con mi mandante y por respeto del causante, pero evidentemente mi mandante tiene unas circunstancias precarias de vida, que se evidencia cuando vemos en el interrogatorio de parte donde ellos viven, en la condiciones en donde efectivamente viven, y todo el recorrido que ustedes conocen de la prueba de la familia de señora IBAÑEZ, por su tema cultural, insistí, social pues ha tendido que ha tenido que padecer, y encuentra en esa persona ese refugio, esa compañía y esa convivencia afectiva y material, de apoyo y socorro mutuo, desde el año 2000, desde el año 2000 en adelante tiene esa vida hasta 2015, es decir, son 15 años que el mismo hermano del causante, perdón, de la señora ROSALBA quien ella misma convoco como su testigo dio fe que mi mandante la señora FLOREIDA, evidentemente vivió con el causante, que evidentemente el causante consistió algunos elementos que ya conocemos dentro del litigio, y que no vale la pena señalar por respeto y ya el despacho lo referenció en su fallo, son temas culturales que cada quien tiene en temas de convivencia que cada quien tiene por tener y se le respeta.

Lo más importante aquí por definir es la circunstancia de como va hacer esta persona para convivir con un 22, % si mal no estoy, en el cálculo que hace el despacho, cuando bien podría estarse hablando de ese 50 y 50% que hemos estado referenciando desde la demandada, desde el acto de conciliación y desde las diferentes circunstancias del proceso. Por esa razón apelo a que si bien puede existir ese periodo de convivencia de 5 años de la cónyuge, no es suficiente para pensar que sea mayor al porcentaje que corresponde a mi mandante, no tanto por los periodos convividos, aunque si se tasa en este caso los mismos, mas que ello, es por la circunstancia que acabo de mencionar, un elemento propio de equidad, de justicia, derecho que corresponde a las cónyuges que hay que sopesar, quien debe compartir unos inicios de vida y quien debe compartir 15 años de una persona ya adulta, lo que ello implica, la carga que implica para esa persona en esas condiciones para la otra persona que está cuidándola, que está atendiéndole todas esas necesidades de vida. A eso me refiero al tema de equidad, de derecho que se vulnera al proferir la decisión que estamos hablando al despacho.

Si ustedes revisan las declaraciones de los testigos, fueron unísonos, como comentaba en su momento en los alegatos, al referir que mi mandante estuvo desde el año 2000, e igual forma hay una incertidumbre en el tema de la fecha hasta cuando la deman, la señora ROSALBA, perdón, convivió con el causante, los testigos de la declaración dicen que, en el 2007 la declaración escrita, que es del señor, permítanme un segundito, Ovidio Quiceno Muñoz, y Gerardo Acevedo Zuluaga, 2007, cuando uno le indaga a la señora ROSALBA en el interrogatorio de parte hablaba que hacia muchos años, hablo de por allá en el año 90, luego hablo del 2000, hablo inclusive del 80, si la memoria no me falla en este instante, periodos efectivamente pretéritos que al hacer el cálculo no coincidirían efectivamente con esos periodos que señala el despacho, entonces hay dos razones base para que podamos definir

y juzgamiento, Art. 80 del C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 52:24,cd. folio 236).

La apoderada de la demandada UGPP también interpuso recurso de apelación contra la decisión de primer grado, por considerar que ninguna de las dos reclamantes acreditó la totalidad de los requisitos establecidos en la Ley 797 de 2003 para hacerse beneficiarias de la sustitución de la pensión que percibía el señor Francisco Javier Gallego Sánchez.

---

efectivamente en este caso el derecho, uno los periodos que la misma señora ROSALBA en su interrogatorio esta mencionando versus la contradicción que hay entre los testigos que ella misma presenta, junto con los periodos que corresponden a mi mandante versus el tema convivencia inicial de la señora ROSALBA con la convivencia final de mi mandante, quien debe soportar una mayor carga, por lo que ya estamos mencionando, que no es cualquier periodo, son 15 años atendiendo, haciendo socorro y ayuda mutua con una persona adulta, con las complicaciones que ya uno sabe que tiene la carga, uno conoce de estos temas, de mera experiencia que corresponde también al juez aplicar en su sana critica por supuesto.

Esos dos elementos sumados a las declaraciones de los testigos, especialmente el testigo que trae la señora ROSALBA que favorece en este caso a mi mandante, dan lugar que el derecho pensional como mínimo se reconozca ese 50 y 50% de esta manera se logra una sentencia, que permita a las partes acordes, estar conformes, estaba yo escribiéndole a mi mandante la situación del proceso, y me decía no me siento identificada y conforme con el fallo. Por supuesto, los fallos no todo puede salir en beneficio a una de las partes, ni mas faltaba, pero si debe buscar de alguna manera una armonía, una forma para que justamente las partes se sientan identificadas en el deber ser de justicia su señoría, el deber ser de justicia y equidad. A eso apelo su señoría, respetuosamente solicito revocar parcialmente el fallo a que en efecto el derecho pensional sea equivalente al 50% para mi mandante la señora FLOREIDA IBAÑEZ GARCIA e igual el 50% para la señora ROSALBA no estamos desconociendo su calidad de cónyuge la cual nunca hubo la disolución de la sociedad conyugal que no esta probada en el proceso evidentemente como lo señala el despacho, y bajo esas circunstancias y elementos jurisprudenciales y legales que ya conocemos pues da lugar a que dos personas tengan ese beneficio, aquella que estuvo haciendo la vida y aquella que tiempo presente estuvo haciendo las condiciones que ya conocemos de vida, y apoyo mutuo. Equiparando de esa manera en derecho, equidad y justicia, el beneficio para las dos que es lo que se pretende de que tengan una vida digna, un mínimo vital para estas dos personas, 50 y 50 y con el derecho a crecer, esto es muy importante, con el derecho a crecer una vez que el hijo deje de tener el beneficio y /o con el derecho a crecer alguna vez que alguna de las beneficiarias la señor FLOREIDA o la señora ROSALBA infortunadamente deje de existir en este vida terrenal por así decirlo, con ese beneficio de ese acrecimiento que ya conocemos para las partes, por el hecho de que el hijo deje de tener el derecho, por tener la mayoría de edad o dejar de estudiar y tener y los 25 años de edad, si esta estudiando o el derecho a acrecer si una de las dos partes FLOREIDA o la señora ROSALBA llegan a faltar su señoría gracias por su tiempo.

Estimó, los testimonios recaudados y a los que da valor el juzgador, están viciados de parcialidad; uno es el hermano de la señora Rosalba Velásquez y la otra es hija de Floreida Ibáñez, a quienes les conviene a que sus familiares les sea reconocida la prestación pensional. Además, en esas declaraciones no se hace claridad respecto a los límites temporales del causante con cada una de las solicitantes, situación que igualmente está documentada en los antecedentes administrativos e investigaciones que adelantó la UGPP para negar la sustitución pensional a ambas reclamantes.

En caso que en la segunda instancia se considere que ambas solicitantes son beneficiarias de la sustitución pensional, solicita se estudie minuciosamente su distribución y la liquidación del retroactivo, como quiera que la entidad es garante del principio de sostenibilidad financiera y debe salvaguardarse su patrimonio[2]. (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, Art. 80 del C.P.T y la S.S., récord 1:02:48,cd. folio 236).

---

[2] ***Apoderada UGPP (1:02:52):*** *Gracias su señoría, de forma respetuosa me permito interponer recurso de apelación contra la providencia que acaba de proferir este honorable despacho y procedo a sustentar en los siguientes términos.*

De ante mano solicito al Honorable Tribunal Superior sala laboral de Bogotá revoque en su totalidad la providencia proferida por el juzgado, teniendo en cuenta que declaró probadas las pretensiones de la demandante FLOREIDA IBAÑEZ GARCIA, y que reconoció loa prestación a la demandante y a la interviniente vinculada, es así que se dejó plasmada tanto en la contestación de la demanda los antecedentes administrativos y los argumentos de alegatos interpuestos y sustentados en debida forma por esta pasiva, que ninguna de las dos beneficiarias y reclamantes acreditaron en su totalidad y de forma veraz los requisitos que contempla la ley 797 del 2003 para hacerse beneficiarias de la sustitución pensional que venía recibiendo el señor FRANCISCO JAVIER GALLEGO SANCHEZ.

Dentro del presente fallo evidenciamos que el juzgado en su providencia da razón a cada una de las solicitantes, teniendo en cuenta los testimonios recepcionados, pero obvia el despacho que los testimonios de los cuales ratifican las posturas, tanto de FLORAIDA y ROSALBA, son testigos y testimonios viciados de parcialidad, uno es el hermano de la señora Rosalba y la otra persona que da testimonio y sobre la cual recalca el despacho es la hija de la señora FLORAIDA, entonces a quien más le conviene que sus propios familiares que cada una de las solicitantes sea reconocida y beneficiaria con la prestación que venía recibiendo el señor FRANCISCO JAVIER GALLEGO. Entonces teniendo en cuenta esa primera premisa, el fallo se encuentra sustentado en unos testimonios viciados de nulidad, donde inclusive los mismos testimonios son ambiguos, porque no recalcan o enmarcan los tiempos límites de convivencia de cada una de las solicitantes, en unos tiempo que en el 2000, 2002, en el 98, a mediados de los 90, iba y venía el causante, entonces son muy inconsistentes en su declaraciones y esto también esta los antecedentes administrativos y las investigaciones que realizó previamente la UGPP, para efectuar la negativa prestacional a favor de cada una de las reclamantes y por ese entonces no se acredito ante esta pasiva de forma fehaciente los beneficios, (sic), los requisitos para hacer acreedoras estas dos señoras de la sustitución pensional.

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante FLOREIDA IBAÑEZ GARCÍA, las pretensiones que relacionó en el acápite respectivo (folios 3 y 4 expediente físico), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados en la demanda (págs. 2 y 3, ibíd.), solicitando se declare que, en calidad de compañera permanente, es la única beneficiaria de la sustitución de la pensión del señor Francisco Javier Gallego Sánchez, se condene a la demandada UGPP a reconocer la prestación de sobrevivencia a su favor en porcentaje del 50% con derecho a acrecimiento cuando al hijo del causante se le extinga el derecho, a pagar el retroactivo pensional desde el 9 de mayo de 2015, los intereses moratorios, la indexación del retroactivo pensional, lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Ahora, por solicito de forma respetuosa al Tribunal sea revocado en su totalidad el fallo pero si el Tribunal considera la señora ROSALBA y la señora FLOREIDA IBAÑEZ son beneficiarias de la sustitución pensional, solicito se estudie muy minuciosamente la distribución, la forma liquidar la prestación, del retroactivo, como la indexación, la formula aplicable y demás, teniendo en cuenta que la entidad que representó es garante del sistema de seguridad social en pensiones de y en virtud del principio de sostenibilidad financiera el sistema debe estudiarse muy muy minuciosamente donde la entidad no puede entrar a reconocer sumas no cobradas líquidamente, pues en segunda instancia pues teniendo una segunda opción de estudiar esta forma de liquidación, con el fin de salvaguardar los recursos del patrimonio que esta entidad maneja. Por lo demás, su señoría dejo sustentado mi recurso de apelación, solicitándole de manera respetuosa sea concedido con el ánimo que el Tribunal revoque la totalidad de la providencia y se absuelva de todo concepto la entidad que represento por encontrar ajustadas a derecho las excepciones formuladas por este extremo pasivo. Muchas gracias su señoría.

Mediante auto de 10 de octubre de 2018, se acumuló el proceso proveniente del Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, en el que la señora Rosalba Velásquez de Gallego también pretende el reconocimiento a su favor, de la sustitución pensional del citado causante (fl. 206).

Obtuvieron las solicitantes, sentencia parcialmente favorable a sus aspiraciones, pues se declaró que a las señoras Floreida Ibáñez García y Rosalba Velásquez de Gallego les asiste derecho al reconocimiento y pago de la sustitución de la pensión del causante Francisco Javier Gallego Sánchez, a partir del 9 de mayo de 2015, a Rosalba Velásquez en porcentaje del 72.22% del 50% de la mesada y a Floreida Ibáñez en el 22.77% del 50% de la mesada y el correspondiente retroactivo para cada una de ellas. Lo anterior tras considerar la juzgadora, que la señora Rosalba Velásquez, cónyuge del causante logró acreditar su convivencia con aquel, por lo menos desde el 30 de noviembre de 1959 hasta el año 1998 y Floreida Ibáñez demostró haber convivido con el señor Gallego Sánchez entre enero de 2000 y el 9 de mayo de 2015, tiempos de convivencia que tuvo en cuenta para determinar el porcentaje que corresponde a cada una de ellas.

De tal manera, habida cuenta que se conoce del presente proceso además de los motivos de la alzada por el grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP, se abordará el estudio de la procedencia de las condenas impuestas a cargo de la demandada.

No es motivo de controversia en esta instancia, la calidad de pensionado del causante, por cuanto en la resolución RDP 045649 de 4 de noviembre de 2015, emitida por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, consta que mediante la resolución No. 1899 de 1° de junio de 1992, POSITIVA reconoció al señor Francisco Javier Gallego Sánchez, una pensión de invalidez a partir del 1° de junio de 1992, en cuantía inicial de $644.350,oo. Así las cosas el problema jurídico en esta instancia, se circunscribe en determinar si las señoras Floreida Ibáñez García y Rosalba Velásquez de Gallego en calidad de compañera

permanente y cónyuge del causante respectivamente, son beneficiarias de la sustitución pensional reclamada..

Teniendo en cuenta lo anterior, y de acuerdo con el Registro civil de defunción visible a folio 12 del expediente, el señor Francisco Javier Gallego Sánchez falleció el 9 de mayo de 2015, esto es en vigencia de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003 siendo esta justamente la normatividad aplicable en autos, en especial lo dispuesto en el artículo 47 modificado por el Articulo 13 de la Ley 797 de 2003[3], dado que este regula el tema de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes y para el caso que nos ocupa se trata de lo dispuesto en el parágrafo de la menciona disposición el cual reza:

> *"(…) Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido(…)"*

Al tenor de la disposición normativa en cita aplicable al caso, (Artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado Articulo 13 de la Ley 797 de 2003) y teniendo en cuenta, las dos reclamantes superaban los treinta años de edad[4] en la fecha

---

[3] ***Artículo 47.*** *Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*

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

b) En forma temporal, el cónyuge o ***la compañera permanente*** *supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).*

Si respecto de un pensionado hubiese un ***compañero o compañera permanente****, con sociedad anterior conyugal no disuelta y* ***derecho a percibir parte de la pensión*** *de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.*

[4] Floreida Ibañez García tenía 40 años de edad conforme la copia de cedula visible a folio 10, y Rosalba Velásquez de Gallego contaba con 74 años, conforme copia de su cédula de ciudadanía vista a folio 27 del Cuaderno No. 2 del expediente.

del fallecimiento del señor Francisco Javier Gallego Sánchez, entra la sala a verificar si se cumple con el requisito de la convivencia real y efectiva de la compañera (demandante), con el causante por lo menos durante 5 años anteriores a la data del deceso del de cujus y de igual forma si existe convivencia o una sociedad conyugal vigente de este con Rosalba Velásquez de Gallego.

En este punto, debe precisarse la Corte Suprema de Justicia, ya ha tenido oportunidad de dilucidar el tema tratado, señalando en sentencia del 29 de noviembre de 2011 Rad. 40055 que "…*la hipótesis del inciso 3° del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, solo aplica para el evento en que luego de la separación de hecho de un cónyuge con vínculo matrimonial vigente, el causante establezca una nueva relación de convivencia y concurra un compañero o compañera permanente, caso en el cual la de los cinco (5) años que habla la norma para el cónyuge que va a recibir una cuota parte, puede ser cumplida en "cualquier tiempo*", ello con base en que "…*siendo la convivencia el fundamento esencial del derecho a la prestación, el cónyuge separado de hecho debe demostrar que hizo vida en común con el causante por lo menos durante cinco (5) años, en cualquier tiempo, pues de no entenderse así la norma, se restaría importancia al cimiento del derecho que, se insiste, es la comunidad de vida*", tal criterio fue reiterado en Sentencia SL 12442 proferida dentro de la radicación No. 47173 del 15 de septiembre de 2015.

En esta dirección, se procede con la valoración del acervo probatorio vertido en autos iniciando por el interrogatorio de parte absuelto por las dos reclamantes de la pensión así:

ROSALBA VELÁSQUEZ DE GALLEGO[5], afirmó, contrajo matrimonio con el causante, hace más de 50 años, con quien procreó diez hijos. Conoció a Floreida cuando se fue a vivir con su esposo, señalando que ello ocurrió hace

[5] Cd. fol. 229, record: 2:10:00

más de doce años; su esposo falleció en la Dorada Caldas. Cree recordar que la separación de su esposo fue en el año 1998, pero no está segura de la fecha; luego de la separación, ella vendió la casa y se fue a vivir a Sasaima con sus hijas; Agregó que luego de la ruptura, ella y sus hijos continuaron ayudando económicamente a Francisco Gallego Sánchez.

FLOREIDA IBAÑEZ GARCÍA[6] señaló en su declaración, que empezó a convivir con Francisco Gallego en enero del año 2000 data para la que hacía tres años su esposa lo había abandonado; vivió con él durante 15 años, hasta su muerte. Explicó, tiene ocho hijos – uno de ellos con el causante, de nombre Brayan Camilo Gallego Ibañez; luego de Brayan tuvo otros dos hijos de padre diferente, pero no dejó de convivir con Francisco Gallego, quien aceptó la situación y quiso a los niños como si fueran suyos; el causante estaba a cargo de todos los gastos del hogar.

La testigo OLGA JARAMILLO ARISTIZABAL[7], refirió que conoce a Floreida Ibañez porque son vecinas desde hace por lo menos 30 años en el Barrio La Inmaculada en Samaná, le consta que la señora Floreida convivió con Francisco Gallego Sánchez por mas de 15 años y tuvieron un hijo que para la fecha de su declaración contaba con 17 años de edad. Tuvo conocimiento que Floreida se dedicaba al hogar y era el causante quien con sus ingresos proveía lo necesario para el hogar.

LEIDY CRISTINA GARZÓN IBAÑEZ[8], hija de Floreida Ibañez García afirmó, conoció a Francisco Javier Gallego en el año 2000 y fue su padre de crianza; vivió junto a él y su progenitora en el barrio la Inmaculada en Samaná; ellos procrearon un hijo que se llama Brayan Gallego y le consta que nunca se separaron porque para cuando Francisco falleció, ella aún vivía con su señora madre. Tiene dos hermanos menores que no son hijos de Francisco, pero a pesar de eso no hubo separación; contrariamente, Francisco apoyó a su mamá

[6] Cd. fol. 229, record: 1:32:00
[7] Cd. fol. 229, record: 1:51:25
[8] Cd. fol. 229, record: 1:13:15

y acogió a los dos niños como si también fueran suyos y era quien respondía por todos los gastos de la casa.

Finalmente JOSUE VELASQUEZ[9], hermano de Rosalba Velásquez de Gallego, afirmó, la única pareja que tuvo Rosalba fue su esposo Francisco Javier Gallego, con quien vivió en matrimonio por 50 años, hasta cuando él decidió separarse para irse a vivir con una señora "Florelia"; antes de esa decisión, su hermana y su cuñado nunca se habían separado. Le consta que Francisco y "Florelia" vivieron juntos por lo menos por doce años hasta cuando él falleció, su cuñado le contó que iba a dejar a su hermana y efectivamente se fue a vivir con otra señora, porque tuvo la oportunidad de velos juntos. Rosalba y el causante nunca se divorciaron, solo se separaron.

De otra parte de la documental obrante en el proceso, se destaca, la partida de matrimonio, visible a folio 2 Cuaderno No. 2 donde se indica, el señor Francisco Javier Gallego Sánchez, contrajo nupcias por el rito católico con la señora Rosalba Velásquez Giraldo, el 30 de noviembre de 1959.

Así las cosas, del análisis de los medios de convicción recaudados – documental y testimonios- valorados bajo las reglas de la sana critica, pues recuérdese que la decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador *(artículo 61 del C.P.L.),* sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables, de entrada debe señalar esta Sala de decisión, los testimonios brevemente reseñados, merecen plena credibilidad a la Sala por cuanto se mostraron espontáneos, y coincidentes entre si dado su conocimiento personal y directo de los hechos, precisando, si bien el testigo Josué Velásquez, no fue consecuente en la ubicación temporal de sus afirmaciones, ello no resta credibilidad a su dicho por cuanto sus manifestaciones en todo caso resultan coincidentes con lo narrado por las otras dos testigos y particularmente por su vínculo familiar con la señora Rosalba Velásquez de Gallego (hermanos), que le permitió conocer de forma

[9] Cd. fol. 229, record: 0:29:18

muy cercana los pormenores de la relación de aquella con su difunto esposo, concluyéndose sin duda, la señora Rosalba Velásquez , convivió con el causante Francisco Javier Gallego Sánchez, desde el 30 de noviembre de 1959, fecha en que contrajeron nupcias, por lo menos hasta el año 1998, año en el que la señora Rosalba recuerda haberse separado de su esposo, afirmación que resulta coherente con el dicho de Floreida Ibáñez García, quien afirmó que conoció al señor Gallego Sánchez en noviembre de 1999 y que éste le manifestó que le esposa lo había dejado hacía como tres años.

De igual forma, se acreditó, la señora Floreida Ibáñez García inició una relación de convivencia con Francisco Javier Gallego Sánchez en el año 2000, como lo refirió Leydi Cristina Gazón Ibáñez, hija de la demandante, quien dio cuenta que para esa anualidad, su progenitora y el causante iniciaron una relación de compañeros permanentes en una vivienda del Barrio La Inmaculada en Samaná Caldas y que desde entonces y hasta la fecha del fallecimiento del pensionado, nunca se separaron y pese a las vicisitudes que se presentaron durante el vínculo de pareja, permanecieron juntos prodigándose apoyo y ayuda mutua. Afirmación que alcanza una mayor credibilidad para la Sala, a partir del testimonio de Josué Velásquez, cuñado de Franciso Javier Gallego, quien relató que éste le confesó que iba a dejar a su hermana para irse a vivir con otra mujer y que además lo constató en forma directa.

Así pues, al haberse acreditado convivencia del causante con Floreida Ibáñez García y la vigencia de la sociedad conyugal del de cujus con Rosalba Velásquez Gallego, tal como se definió en primera instancia, no cabe duda de la procedencia de la condena impuesta, en aplicación del artículo 47 de la ley 100 de 1993- modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003-, debiendo entonces en éste caso dividirse la pensión entre la compañera permanente y la cónyuge en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

Ahora, el punto de inconformidad planteado por el apoderado de la demandante Floreida Ibáñez García fue precisamente el de los porcentajes de pensión establecidos para cada una de las beneficiarias, aspecto frente al que considera, su prohijada merece un porcentaje superior al 22.77% del 50% de

la mesada pensional que le otorgó la juez a quo, por lo que solicitó se modifiquen estos porcentajes y se otorgue el derecho en iguales porcentajes para ambas solicitantes, con fundamento en que la señora Ibáñez García debió socorrer al causante en los últimos años de su vida, además de las precarias condiciones de vida que debe sortear.

De entrada, esta Sala de decisión resuelve negativamente este punto de apelación planteado por el apoderado de la señora Floreida Ibáñez García, como quiera que la norma aplicable al caso *(Artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el Artículo 13 de la Ley 797 de 2003, parágrafo)*, establece que la prestación se dividirá entre la compañera permanente y la cónyuge con sociedad conyugal no disuelta en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido, pero no abrió la puerta a ningún análisis de tipo particular que permita aumentar este porcentaje a favor de una las dos beneficiarias, por lo que a juicio de esta Corporación, no son de recibo los argumentos del censor, relativos a la precariedad económica que aqueja a su prohijada, aspecto frente al que igualmente tendría que indagarse por el mismo aspecto frente a la cónyuge y además de no ser, como ya se dijo, un criterio diferenciador para aumentar el porcentaje de la prestación, tampoco fue objeto de debate y de recaudo probatorio a lo largo del proceso. Igual sucede con el argumento relativo a los cuidados que la señora Ibáñez debió prodigar a su compañero en el final de sus días, en tanto corresponde al mínimo deber que debió cumplir para con su compañero de vida y en tal sentido no conlleva merecimientos adicionales a los establecidos en la ley.

En otra arista, respecto a los porcentajes determinados por la juez a quo para cada una de las beneficiarias, advierte la Sala, la porción que se otorga a cada una no afecta el monto de la condena a la UGPP; empero, teniendo en cuenta el tiempo de convivencia de cada una de las beneficiarias con el causante, los porcentajes determinados por la juez de primer grado, resultan acertados, como quiera que del material probatorio atrás analizado, se extrae que Floreida Ibañez García convivió con el causante desde enero del año 2000 hasta el 9 de mayo de 2015, correspondientes a 15 años, en tanto Rosalba Velásquez de Gallego convivió con Francisco Gallego Sánchez, desde el 30 de noviembre de 1959, fecha de sus nupcias, hasta el año 1998,

correspondientes a 39 años; en ese orden, teniendo en cuenta un total de 54 años de convivencia y efectuadas las operaciones aritméticas pertinentes, se determina que a Rosalba Velásquez de Gallego le corresponde el 72.22% y a Floreida Ibáñez el 27.77% del cincuenta por ciento de la mesada pensional, que es la que se encontraba en discusión, con derecho a acrecimiento en en el mismo porcentaje. Como quiera que la juez a quo arribó a idéntica conclusión, lo que sigue es la confirmación de la sentencia en este aspecto.

Ahora bien, como se está desatando el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de decisión procedió a efectuar las operaciones aritméticas correspondientes, con el apoyo del Grupo liquidador creado por el Consejo Superior de la Judicatura, las cuales se incorporan como parte integrante de esta sentencia, anexándolas al plenario, determinando como retroactivo a la fecha de esta sentencia a favor de Floreida Ibañez García la suma de $10’181.105,48 y a favor de Rosalba Velásquez de Gallego $26’481.139,68.Teniendo en cuenta lo anterior, se modificará la sentencia recurrida en cuanto al retroactivo para cada una de las beneficiarias. [10].

10

Tabla Retroactivo Pensional Rosalba Velasquez						
Fecha inicial	***Fecha final***	***Incremento %***	***Valor 100% mesada***	***Mesada asignada 72,23% del 50%***	***N°. Mesadas***	***Subtotal***
09/05/15	*31/12/15*	*3,66%*	*$ 644.350,00*	*$ 232.707,00*	*8,73*	*$ 2.032.307,8*
01/01/16	*31/12/16*	*6,77%*	*$ 689.455,00*	*$ 248.996,67*	*13,00*	*$ 3.236.956,8*
01/01/17	*31/12/17*	*5,75%*	*$ 737.717,00*	*$ 266.426,49*	*13,00*	*$ 3.463.544,4*
01/01/18	*31/12/18*	*4,09%*	*$ 781.242,00*	*$ 282.145,55*	*13,00*	*$ 3.667.892,1*
01/01/19	*31/12/19*	*3,18%*	*$ 828.116,00*	*$ 299.074,09*	*13,00*	*$ 3.887.963,2*
01/01/20	*31/12/20*	*3,80%*	*$ 877.803,00*	*$ 317.018,55*	*13,00*	*$ 4.121.241,2*
01/01/21	*31/12/21*	*1,61%*	*$ 908.526,00*	*$ 328.114,16*	*13,00*	*$ 4.265.484,1*
01/01/22	***31/05/22***	*5,62%*	*$ 1.000.000,00*	*$ 361.150,00*	*5,00*	*$ 1.805.750,0*
Total retroactivo					***$ 26.481.139,68***	

Tabla Retroactivo Pensional Floreida Ibañez						
Fecha inicial	***Fecha final***	***Incremento %***	***Valor 100% mesada***	***Mesada asignada 27,77% del 50%***	***N°. Mesadas***	***Subtotal***
09/05/15	*31/12/15*	*3,66%*	*$ 644.350,00*	*$ 89.468,00*	*8,73*	*$ 781.353,8*
01/01/16	*31/12/16*	*6,77%*	*$ 689.455,00*	*$ 95.730,83*	*13,00*	*$ 1.244.500,7*
01/01/17	*31/12/17*	*5,75%*	*$ 737.717,00*	*$ 102.432,01*	*13,00*	*$ 1.331.616,1*
01/01/18	*31/12/18*	*4,09%*	*$ 781.242,00*	*$ 108.475,45*	*13,00*	*$ 1.410.180,9*
01/01/19	*31/12/19*	*3,18%*	*$ 828.116,00*	*$ 114.983,91*	*13,00*	*$ 1.494.790,8*
01/01/20	*31/12/20*	*3,80%*	*$ 877.803,00*	*$ 121.882,95*	*13,00*	*$ 1.584.478,3*
01/01/21	*31/12/21*	*1,61%*	*$ 908.526,00*	*$ 126.148,84*	*13,00*	*$ 1.639.934,9*
01/01/22	***31/05/22***	*5,62%*	*$ 1.000.000,00*	*$ 138.850,00*	*5,00*	*$ 694.250,0*
Total retroactivo					***$ 10.181.105,48***	

Por último, respecto de la excepción de prescripción, propuesta oportunamente por la demandada UGPP (fl. 122 expediente Floreida Ibáñez cuad. 1)[11].En el proceso iniciado por Rosalba Velásques se tuvo por no contestada la demanda por la UGPP fl. 206 cuad. 1), se tiene que el derecho a la sustitución pensional se hizo exigible el 9 de mayo de 2015 (fecha de fallecimiento del pensionado fl. 12 Cuaderno 1), reclamando la señora Floreida Ibáñesz el 15 de julio del 2015 (conforme se extrae del contenido de la Resolución RDP 045649 del 4 de noviembre de 2015 ver fl. 14 Cuaderno principal), acto administrativo mediante el que obtuvo respuesta negativa, acudiendo a la jurisdicción el 6 de octubre del 2016 (ver acta fl. 27 cuaderno , es decir, cuando NO habían transcurridos los tres años a los que se refiere el artículo 151 del C.P.T. y S.S., entre exigibilidad del derecho y la demanda, por lo que la prescripción no cobró operatividad, aclarando en todo caso, la demanda fue admitida mediante auto de 22 de noviembre de 2016 **(folio 28 cuaderno principal)** y la notificación a la demandada se hizo efectiva el 8 de diciembre de 2016, como se colige a partir de la diligencia de notificación **(folio 109 cuad. ppal),** es decir, dentro del término establecido en el artículo 94 C.G.P.y ese medida no se encuentra probado el medio exceptivo alegado, confirmándose entonces la sentencia de primera instancia en cuanto a que la pensión debe ser reconocida desde el 9 de mayo de 2015.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Tabla Liquidación	
Retroactivo pensional Rosalba Velasquez	*$ 26.481.139,68*
Retroactivo pensional Floreida Ibañez	*$ 10.181.105,48*
Total	***$ 36.662.245,17***

[11] Por auto del 9 de octubre de 2017 se admitió la contestación (fl. 196 cuaderno principal)

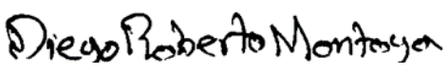
R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, en el sentido de **CONDENAR** a la UGPP a pagar a la demandante FLOREIDA IBAÑEZ GARCÍA la suma de $10’181.105,48 y a la interviniente ad excludendum ROSALBA VELASQUEZ DE GALLEGO la suma de $26’481.139,68, por concepto de mesadas pensionales causadas desde el 9 de mayo de 2015 al 31 de mayo de 2022, valores que deberán ser indexados al momento de su pago efectivo, esto de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia de primer grado en todo lo demás, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

(CON IMPEDIMENTO)

ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

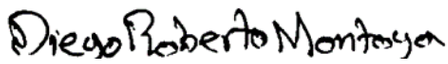
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR RITA ISABEL MONROY GONZALEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A. (RAD. 33 2019 00488 01)

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Reconocer personería adjetiva al abogado DAVID RICARDO GUILLEN RODRIGUEZ, como apoderado sustituto de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA, en su calidad de representante legal de la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S (fl. 5)



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante (fls. 8 a 15), COLPENSIONES (fls. 6 a 7), y PORVENIR S.A (fls. 17 a 21), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez Treinta y tres (33) Laboral del circuito de Bogotá D.C, el 9 de marzo de 2022 (*Audiencia virtual, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:22:48, archivo 15AudienciaFallo.mp4, expediente digital),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO*** *al régimen de ahorro individual con solidaridad y con esto la afiliación realizada a RITA ISABEL MONROY GONZALEZ identificado con la cédula de ciudadanía No. 51.773.136, el 17 DE ABRIL DE 2005 a COLFONDOS S.A.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR*** *que RITA ISABEL MONROY GONZALEZ actualmente se encuentra afiliado de manera efectiva al régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.*
>
> ***TERCERO: ORDENAR a PORVENR*** *, realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de RITA ISABEL MONROY GONZALEZ, a COLPENSIONES, junto con sus respectivos intereses, rendimientos, cuotas de administración y bonos pensionales a que haya lugar.*
>
> ***CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES*** *recibir el traslado de las sumas anteriormente descrita, así como activar la afiliación RITA ISABEL MONROY GONZALEZ al RPMPD e integrar en su totalidad la historia laboral de la demandante.*
>
> ***QUINTO: ORDENAR A PORVENIR Y COLFONDOS*** *el traslado de los valores correspondientes a las cuotas de administración descontadas a la demandante, en proporción al tiempo que estuvo afiliada a cada una de ellas, lo cual deberá surgir de su propio patrimonio. Colpensiones deberá adelantar las gestiones necesarias para obtener el recaudo de dichos dineros.*
>
> ***SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS*** *las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción y demás presentadas por las demandadas, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.*
>
> ***SEPTIMO: COSTAS*** *de esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A. Se fijan como agencias en derecho la suma de 2.5 SMLMV para cada una de ellas y en favor de la demandante".*

Inconforme con la decisión los apoderados judiciales de las demandadas PORVENIR , COLFONDOS y COLPENSIONES la apelaron.

Así, en primer lugar, la apoderada de PORVENIR señaló, con la declaratoria de ineficacia del traslado se están afectando los principios de confianza legítima inescindibilidad de la norma y sostenibilidad financiera; el despacho restó valor probatorio al formulario de afiliación que era el único requisito de existencia y validez para la época en que se verificó el traslado de la demandante.

Añadió, no se tuvo en cuenta que la demandante en interrogatorio afirmó que en la asesoría, Porvenir le informó que el ISS se iba a acabar, pero ello ocurrió en el año 2014 y Colpensiones existe desde el 2007; en todo caso con sus respuestas demostró su desinterés frente a su status pensional. Resaltó, el consentimiento libre e informado de la demandante se ratificó en el año 2014 al cambiarse de Colfondos a Porvenir, data para la que ya se encontraba en la prohibición legal de retornar al régimen de prima media por estar a menos de diez años para pensionarse y no se advirtió ningún vicio en el consentimiento de la demandante que conllevara la nulidad del traslado de régimen pensional.

También presentó reparo frente a la devolución de los gastos de administración y rendimientos y solicitó que la condena en costas se extienda a Colpensiones que igualmente fue vencida en el proceso[1] *Audiencia virtual*

[1] ***Apoderada Porvenir (record. 01:25:52)*** *Me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia que acaba de proferir en atención a que no se comparte la decisión del despacho de declarar la ineficacia del traslado ni se comparten los efectos jurídicos que se le dio. Con esta decisión se están afectando tres principios fundamentales del derecho como lo son la confianza legítima, la inescindibilidad de la norma y la sostenibilidad financiera, teniendo en cuenta que la confianza legítima establece que el Estado no puede alterar de manera súbita las reglas de juego que regulan las relaciones entre ellas tal y como lo expone la Corte Constitucional en sentencia C- 131 de 2004 en donde establece el principio de la confianza legítima es corolario de la buena fe y consiste en que el Estado no puede súbitamente alterar unas reglas de juego que regulaban sus relaciones con los particulares sin que se le otorgue a éstos últimos un periodo de transición para que ajusten su comportamiento a una situación jurídica y esto es en atención al que el despacho le resta valor probatorio al formulario de afiliación que según las normas de la época probaba el requisito de existencia y validez y dejarlo sin valor probatorio en lo que tiene que ver con la validez por no tener incluida la información que se le brindó al momento de traslado configura una prueba diabólica pues obliga a mi representada a presentar prueba que no existe como la información que se le brindó al momento del traslado en atención a que ésta fue verbal, pues mi representada estaba*

concentrada, (archivo 15AudienciaFallo.mp4cd. record 1:25:52, expediente digital)

A su turno la apoderada de COLFONDOS, apeló la decisión de primer grado frente a los gastos de administración, por considerar, las actuaciones de la

---

en la plena confianza que el formulario de afiliación probaba tanto la existencia como la validez del acto de afiliación según lo establecido en el Decreto 692 de 1994 en su artículo 11. Teniendo en cuenta que la demandante con la suscripción del formulario deja claro que "manifiesto que luego de haber recibido asesoría amplia y suficiente sobre el producto ofrecido, conozco y entiendo las implicaciones legales que tiene mi decisión", además en la parte motiva no se tuvo en cuenta lo expresado en el interrogatorio de parte en el cual la demandante también dijo que cuando se le dio la asesoría de Porvenir se le informó que el Instituto de Seguro Social se iba a acabar, pero conforme a la documental que obra en el proceso esto fue en el año 2014 y pues Colpensiones existe desde el año 2007. Adicional a ello, con todas las respuestas que dio únicamente demuestra el desinterés de su situación frente a su status pensional. Por otro lado el consentimiento de la parte demandante informado, de manera libre, voluntaria y consiente del afiliado, se ratifica en el año 2014 al trasladarse de COLFONDOS A PORVENIR momento en el cual la demandante ya se encontraba dentro de la prohibición de los diez años para trasladarse de régimen, no solo hasta el año 2018 como lo establece el despacho. De igual forma se tiene que decir que no se encontró ningún vicio del consentimiento ni acto atentatorio o doloso por parte de mi representada que conllevara a declarar la nulidad, razón por la cual pues se tiene que revocar la sentencia proferida y absolver a mi representada. Esto también teniendo en cuenta que la Corte Constitucional en sentencia C- 345 de 2017 que trata de manera indistinta la nulidad y la ineficacia de pleno derecho establece que " la ineficacia en sentido estricto se presenta en aquellos casos en los cuales la ley por razones de diferente naturaleza ha previsto que el acto no debe producir efectos de ninguna naturaleza sin que sea necesario la existencia o la declaración judicial . En ese sentido, según lo expresa el artículo 271 de la ley 100, el efecto de la ineficacia en sentido estricto es dejar al afiliado autónomo para que pueda realizar en forma libre y voluntaria la afiliación o traslado al régimen que permanezca por lo que el traslado de los recursos debe hacerse de acuerdo al artículo 113 de la ley 100 y no es correcto afirmar que el efecto de la ineficacia en sentido estricto sea el de retrotraer las cosas al estado original porque este es el efecto propio de las nulidades conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema. Teniendo en cuenta que como se condenó a mi representada a restituir todos los ejercicios, rendimientos e intereses esto se tiene que decir que no está acorde con el efecto que se le dio ya que de donde salieron digamos todos esos ejercicios financieros, estos existían antes de la formulación entonces no se puede decir que con el acto del traslado solo se le haya dado efecto a una de las partes, es decir a las AFPS sino que tiene que afectar como en la sentencia quedó establecido para las dos partes. En este sentido entonces la condena impuesta a mi representada frente a los gastos de administración y rendimientos incumple en el sentido las obligaciones de tracto sucesivo al igual que la normatividad vigente y debe ser analizado por el tribunal . En cuanto a la condena en costas que se impone única y exclusivamente a Porvenir y a Colfondos tampoco se está de acuerdo en ello y tiene que hacerse extensivo a Colpensiones, también parte vencida en este proceso. En este sentido solicito al honorable tribunal revocar en principio la sentencia proferida por el juzgado 33 de la ciudad de Bogotá y en el caso analizar los demás argumentos frente al tema de gastos de administración, rendimientos y costas. Muchas gracias señor juez.

administradora se han enmarcado en la Constitución y la Ley, pue estos conceptos están consagrados en el artículo 60 de la Ley 100 de 1993 y corresponden a un mandato de la Superintendencia Financiera.

Recabó, si la consecuencia de la ineficacia de la afiliación es que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban, en estricto sentido se debe entender el contrato de afiliación nunca existió y por tanto su representada no debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro de la demandante y si no se cobra cuota de administración, tampoco debieron existir unos rendimientos a su favor.

Con esta decisión, a su juicio se está generando un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante pues está recibiendo unos rendimientos generados con la buena administración por parte de Colfondos, pero sin pagar por la gestión realizada. Frente a la condena en costas, solicitó se haga extensiva también a Colpensiones[2] *(archivo 15AudienciaFallo.mp4cd. record 1:31:15, expediente digital)*

---

[2] ***Apoderada COLFONDOS (record. 01:31:15)*** *Gracias señor juez, por parte de Colfondos interpongo recurso de apelación de manera parcial, en especial el numeral quinto en el cual condenan a mi representada a devolver los gastos de administración con cargo a nuestro propio patrimonio y esto teniendo en cuenta los siguientes argumentos. Contrario a lo manifestado por el despacho, las actuaciones de mi representada han estado ceñidas a la Constitución y a la ley pues la comisión por el manejo de aportes obligatorios son de consagración legal y están contemplados en el artículo 60 de la ley 100 de 1993 en donde señala las características del RAIS, en especial el literal b. teniendo en cuenta lo anterior, las entidades que administran los fondos de pensiones están legalmente facultados para cobrar a sus afiliados por el manejo de aportes que realizan las administradoras, ya que este cobro obedece a un mandato de la hoy Superintendencia Financiera de Colombia que es la encargada de estipular la normatividad referente a las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías.*

En este orden de ideas, si la consecuencia de la ineficacia de la afiliación es que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban , en estricto sentido se debe entender que el contrato de afiliación pues nunca existió y por ende mi representada no debió administrar esos recursos de la cuenta de ahorro individual , estos rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaron y tampoco se debió cobrar una comisión por esta administración y si esa comisión nunca se debió haber descontado, tampoco nunca debieron existir unos rendimientos . Reiteramos que en el caso que condenen a mi representada a devolver a Colpensiones los gastos de administración con cargo a nuestro propio patrimonio, se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor de la actora pues estaría recibiendo unos rendimientos

Finalmente el apoderado de COLPENSIONES apeló la decisión de la juez a quo considerando, de trasladarse la demandante al régimen de prima media se está afectando el principio de sostenibilidad financiera y pasa por alto que no puede retornar al RPM por faltarle menos de diez años para acceder al derecho pensional.

Frente a la información que la actora alega no haber recibido, está contenida en la ley 100 de 1993 y normas subsiguientes que son de público conocimiento; además las AFPS cumplieron con los requisitos de información exigidos para la época en que se hizo el traslado. Estima, el descontento de la actora se ciñe al monto de la mesada pensional, sin embargo, al momento de su traslado no era posible determinar el monto de la misma en el RAIS porque depende de muchos factores.

En relación con la imposición de condena en costas a su representada, reparó en que es un tercero que actuó de buena fe que no tuvo ninguna injerencia en el traslado que la demandante hizo al RAIS. Finalmente solicitó se confirme la orden de traslado de los gastos de administración a Colpensiones[3] *(archivo 15AudienciaFallo.mp4cd. record 1:33:52, expediente digital)*

---

generados por una buena administración que en su momento adelantó mi representada sin reconocer o pagar ningún concepto por la gestión realizada y pues realizando así una interpretación no acorde con la Constitución y con la Ley en detrimento del patrimonio de mi representada y vulnerando el derecho a la igualdad y privilegiando de manera injustificada a una de las dos partes del contrato que fue declarado nulo y que fue suscrito de buena fe por mi representada. Aunado a lo anterior mi representada trasladó todos los aportes existentes en su cuenta de ahorro individual por ende esta cuenta se encuentra inactiva y trasladada. Así mismo solicitamos que frente a la condena en costas coadyuvo la petición que hizo la apoderada de Porvenir en el sentido que sean extensivas no solo a Porvenir y Colfondos sino también a Colpensiones porque esta entidad participó dentro de los traslados efectuados y pues tampoco nunca le dio una información a la actora como tal .Teniendo en cuenta lo anterior señor juez, dejo sustentado mi recurso de apelación de manera parcial frente a la sentencia dictada el día de hoy

[3] ***APODERADO DE COLPENSIONES (record 01:33:52)****Muchas gracias su señoría y con el debido respeto que su sentencia se merece, siendo el momento oportuno me permito interponer recurso de apelación para que el honorable tribunal sala laboral de Bogotá, revoque la sentencia en cuanto a las condenas a Colpensiones basándome brevemente en lo siguiente.*

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda *(archivo 01ExpedienteDigitalizado.pdfpáginas 3 y 4, expediente digital)* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo *(página 4 a 7 ibídem)*, aspirando se declare la nulidad del traslado de la demandante, debido a que la administradora del Régimen de Ahorro Individual no le proporcionó una suficiente, completa y clara información sobre

---

De trasladarse la demandante al régimen de prima media con prestación definida no solo se está afectando el principio de sostenibilidad financiera del sistema sino que no se está respetando el mandato legal en el cual se encuentra inmersa de no poder trasladarse ya que le faltan menos de diez años para acceder al derecho a la pensión. Al respecto de la información que la demandante alega no haber recibido, es información que se encuentra en la ley 100 del 93 y normas subsiguientes, las cuales como toda ley de la república tienen que ser de conocimiento público y obligatorio cumplimiento y entonces no se puede alegar el desconocimiento como excusa para no cumplirlas. Las AFPS respectivamente cada una cumplió con los requisitos normativos exigidos para la época en que se realizó el traslado, no pudiendo negarse tanto la AFP a hacer un traslado que solicita una persona que está en su derecho de escoger el régimen y tampoco el entonces instituto de seguros sociales podía oponerse a dicho traslado. No hay una lesión injustificada en el derecho pensional, lo que lleva a la señora a demandar es el descontento con la mesada pensional. Primero que todo la mesada pensional es variable en el RAIS, depende de muchos factores, no podría decirse si es mayor o menor desde el momento del traslado ya que como digo depende de factores de como maneje la cuenta de ahorro individual, de si hace aportes voluntarios, de muchos factores de los cuales no se puede determinar una mesada desde el momento del traslado. Además esto no es una violación a los derechos a la seguridad social , solamente es un descontento con el monto de la pensión y por último señores magistrados, en cuanto a la solicitud de ls codemandadas, hay que recordar que Colpensiones es un tercero de buena fe que tenía un afiliado que decidirá la ley si fue de manera viciada o no que se hizo el traslado pero no tuvo ninguna injerencia en el traslado por eso no se puede condenar en costas y también en caso de dar un fallo diferente se tenga en cuenta lo ya sustentado por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en cuanto que los gastos de administración y seguros se deben también trasladar ya que pues dejarle cualquier monto si se llega a declarar que el traslado fue viciado sería premiar el vicio que cometieron las AFP por eso señores magistrados les solicito conforme a lo ya expuesto, revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar absolver a Colpensiones. Muchas gracias

las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media. En virtud de esa declaración, se condene a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afición de la demandante, como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieran causado. Se condene a COLPENSIONES a recibir como afiliada a la demandante así como los valores obtenidos mientras estuvo afiliada al RAIS, lo ultra y extra petita y las costas del proceso. En forma subsidiaria, se declare la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS.

Obtuvo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró ineficaz el traslado de la demandante al RAIS, disponiéndose en consecuencia que se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media, ordenando a PORVENIR devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubieran recibido con motivo de la afiliación de la demandante, con los rendimientos que se hubieran causado, bono pensional y cuotas de administración. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR S.A, con quien se efectuó el traslado de régimen pensional, no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[4].

[4] *En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada*

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 11 de marzo de 1965 *(archivo 01ExpedienteDigitalizado.pdfpágina 45, expediente digital)* por lo que los 57 años de edad, los cumplió el mismo día y mes del año 2022, procediendo a solicitar su traslado por primera vez mediante petición elevada ante COLPENSIONES y PORVENIR el 29 de noviembre de 2018, ante COLFONDOS e 30 de noviembre de 2018 (*folios 66, 69 Y 72 ibídem*) esto es, cuando le faltaban menos de diez años para pensionarse –tenía 53 años- y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos (*archivo 02ExpedienteAdmiistrativoColpensiones.pdf página 16, expediente digital)*, contaba con 19,14 semanas cotizada a Colpensiones, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 17 de abril de 2005, con fecha de efectividad a partir del 1 de junio de 2005 (*archivo 01ExpedienteDigitalizado.pdfpágina 45, expediente digital) (páginas 51 y 237),* por afiliación que hiciera al Fondo de pensiones COLFONDOS S.A., específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP, expedida por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

---

por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada y que ésta fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal información debe ser objetivamente verificable, en el entendido de que aquél debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión *"libre y voluntaria*" contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura.

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

> *"Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.*
>
> *Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute**, es eficaz**, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima*.
>
> *Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*

> *El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias."*

En tal sentido, *"es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez"* (SL1688 de 2019).

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc[5], en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

> *"(...)*
>
> *De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:*
>
> > *Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).*
>
> *En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la*

[5] *Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020*

> *pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*

> ***Entonces, según la norma precedente, 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."*

Frente a este respecto además, esa alta Corporación en sentencia SL-1948 de 2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (*vuelta al status quo ante*, art. 1746 CC). Así, discurrió

> ***"1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen***

> *Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.*

> *Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (...) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».*

> *De ahí que le corresponda a la Sala precisar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto.*

> *Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC).*
>
> *[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]*
>
> *Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral […] la afiliación respectiva quedará sin efecto».*
>
> *Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019).*

En ese orden, no se trata de analizar la presencia de vicios que conlleven a la nulidad del negocio jurídico, sino de establecer el cumplimiento del deber de información como condición de eficacia del traslado de régimen pensional, razón por la cual, no se requiere la acreditación en este juicio de la presencia de vicios que invaliden el consentimiento.

Ahora bien, sobre esta temática igualmente, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba

quedando ésta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado,* por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las

diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la actora al Fondo accionado COLFONDOS S.A.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011[6], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y

---

[6] *"Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.*

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la "ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA", en donde se señala una mesada pensional de $900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el "RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL", es de $1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa

legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

"Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

"En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

"Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

"Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme

sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

"El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.

"(…).

"Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

"Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

"Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

"La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

"La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

"Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

"Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

"Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

"En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña".

"Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales".

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de

más recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

> *"(…)* ***Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.***
>
> *(…)*
>
> *Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*
>
> *(…).*
>
> *Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, 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.*
>
> ***Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades***

Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta 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.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

> ***financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego.*** *A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (…)"*

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información a la accionante cuando efectuó el tránsito entre regímenes en los términos aquí referidos, pues en manera alguna se evidencia en el plenario que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante[7], no acreditan de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que en el año 2005 cuando se iba a vincular laboralmente a la Empresa de Acueducto, fue abordada por una asesora de COLFONDOS, quien le indicó que al Seguro Social lo estaban liquidando, el fondo privado tenía un respaldo del sector financiero y le garantizaba su pensión y por eso firmó, pero no le informó las características, ventajas y desventajas del RAIS.

Respecto al comunicado de prensa **(***archivo 01ExpedienteDigitalizado.pdf páginas 240 a 243, expediente digital)* es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara a la afiliada una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de

[7] Audiencia del 9 de marzo de 2022, récord 1:23:37

abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora –COLFONDOS- no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características, en tanto ni siquiera contestó la demanda.

Aquí también debe resaltar esta Sala, el deber de información existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y por ende de los fondos privados se estableció en cabeza de éstos el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así por ejemplo, en sentencia SL1688-2019 reiterada en la SL-3708-2021 y SL-3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

> ***"1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***
>
> ***1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.***
> *El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).*
>
> *De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.*

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

…

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Además, ilustró las diferentes etapas del deber de información, así:

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 1.° 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 3.°, 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 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Como se ve, ya para el año 2005, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS. omitió en el momento del traslado de régimen**, 17 de abril de 2005, efectivo el 1° de junio de 2005** el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Valga aclarar en este punto, es atendiendo el incumplimiento del deber de información que le asistía la administradora de fondos de pensiones y no a la posible diferencia existente entre las mesadas que serían otorgadas en uno u otro régimen, lo que torna en ineficaz el tránsito entre regímenes.

Es menester precisar, no tiene incidencia alguna que la actora no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen. Al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

Tampoco incide el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (el traslado efectuado a Porvenir S.A., lo hizo el 25 de noviembre de 2014 *folios 237 archivo 01 exp. digital*.) en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual y, en esa medida, esa circunstancia no implica una ratificación de la voluntad de la afiliada de permanecer en el RAIS.

Frente al traslado a diversas AFP memórense los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, entre otros, aquel con radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011 y más recientemente la sentencia SL1004-2021 Rad. 72930 del 1° de marzo del 2021, última en la cual se indicó:

> ***"iii.ii ¿El traslado horizontal dentro del régimen se entiende como una ratificación del deseo de permanecer en él?***
>
> *En cuanto al cambio de administradora, esta Corte ha establecido que* ***el cambio no tiene como fin ratificar o darle validez al traslado de régimen que el afiliado realizó sin contar con la información veraz y suficiente que debió proporcionar la administradora de pensiones en su debido momento***.
>
> *Al efecto se recuerda, que la Sala en diferentes pronunciamientos ha señalado que* ***la falta de información no se subsana con los traslados que con posterioridad hagan los afiliados en ahorro individual****, tal como se aprecia en las sentencias CSJ SL, 9 septiembre de 2008, radicación 31989; reiterada en la sentencia del 22 noviembre de 2011, radicación 33083, cuyo texto señala lo siguiente:*

"La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

"La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

"Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

"Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

"Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

[…]

"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera

> *voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.*
>
> *"Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales" (subraya la Sala).*
>
> *Con base en lo anterior, se equivocó el Tribunal al afirmar que, con el traslado de Protección S.A. a Colfondos S.A., era claro el deseo del señor Beltrán Giraldo de seguir en el Régimen de Ahorro Individual, pues conforme a la jurisprudencia anteriormente citada, en manera alguna puede aceptarse que el cambio de entidad subsane la nulidad del traslado, producto de la falta de información veraz y suficiente por parte de Protección S.A.*
>
> *Si bien esta Sala ha sostenido en otras oportunidades que, con base en los **actos de relacionamiento** no se decreta la nulidad de traslado de régimen cuando se evidencian diversos cambios horizontales de administradora no sobra recordar que también se ha advertido que estas discusiones tienen un componente casuístico tanto de los elementos particulares de la situación en discusión como de los fundamentos de los jueces de instancia (CSJ SL4934-2020 y SL3752-2020)."*

Con relación a los actos de relacionamiento como indiciarios de la ratificación de la voluntad a la que se ha hecho referencia, entre otras, en las sentencias SL3752 de 2020 y SL2440-2021 emanadas de las Salas de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, vale la pena señalar que la Sala Penal de la Corte como juez constitucional, al resolver una acción de tutela presentada por esta última decisión, estableció que esa Corporación desconoció el precedente consolidado por la Sala de Casación Laboral – permanente- de esa Corte frente al deber de información, el cual debe mirarse al momento del acto jurídico de traslado, sin que resulten relevantes las actuaciones efectuadas con posterioridad al mismo.

Puntualmente, en sentencia del STP-15228 de 2021, sostuvo:

"7.1. Al confrontar los fundamentos de la decisión cuestionada con los anteriores desarrollos jurisprudenciales, se advierte que la Sala de Descongestión No.4 se distancia de manera abierta de los precedentes que en la materia ha fijado la Sala de Casación Laboral –permanente- de esta Corte.

7.1.1. Como se dejó visto, la Sala de Descongestión, al dar por acreditado el cumplimiento del deber información por parte de la administradora, tomó en cuenta actos posteriores -aportes adicionales y traslado entre fondos privados-, desconociendo que "ello no contrarresta el incumplimiento del deber de información exigible a la administradora privada de pensiones, el cual como ya se advirtió, ***debe ser oportuno e integral al momento del traslado."*** *(CSJ, SL3611, 11 agosto de 2021, Rad. 88467).*

Es decir, que con la aplicación de estos criterios la autoridad judicial accionada dejó de lado, sin justificación razonable alguna, la línea jurisprudencial consolidada por la Sala de Casación Laboral –permanente- de esta Corte, en cuanto que el cumplimiento de la asesoría o información debidas debe analizarse al momento del acto jurídico del traslado, sin que resulten relevantes las actividades o actuaciones que el afiliado realice con posterioridad.

En este punto, por tanto, se advierte estructurado un defecto por desconocimiento del precedente judicial.

7.2. Adicionalmente a esto, la Sala de Descongestión, en el análisis que le permitió concluir que en este caso el deber de información había sido satisfecho por la AFP demandada, introdujo la tesis de los llamados «actos de relacionamiento», que fue abordada por la Sala de Casación Laboral –permanente- de esta Corte en la SL413-2018, no para definir un caso de ineficacia del traslado de régimen pensional, sino en un asunto en el que se discutía el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, donde resultó necesario el análisis de la voluntad de permanencia del afiliado en un específico régimen pensional.

7.2.1. Esta interpretación implicó, a no dudarlo, una modificación o variación de la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral –permanente- de esta Corte, en punto a que el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar.

> *7.2.2. Esta modificación del precedente jurisprudencial estructura un defecto orgánico, en razón a que la Sala de Descongestión accionada no tenía competencia para realizar esa variación doctrinal, de conformidad con el artículo 2º de la Ley 1781 de 2016, que adicionó un parágrafo al art. 16 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.*
>
> *(…)*
>
> *7.2.4. Es claro, entonces, que las Salas creadas en el marco del programa de descongestión no tienen competencia para modificar la jurisprudencia de la Sala permanente, ni para crear nuevas líneas interpretativas, y que cuando por mayoría consideren que es necesario realizar esta clase de cambios, deben remitir el asunto a la Sala permanente.*
>
> *7.2.5. Así las cosas, de estimar los magistrados integrantes de -Sala de Descongestión No. 4- de la Sala de Casación Laboral que resultaba necesaria la modificación de la línea jurisprudencial en materia de eficacia del traslado de régimen pensional, con el fin de introducir como factor de definición la tesis de los llamados «actos de relacionamiento», debieron abstenerse de emitir sentencia y, en su lugar, surtir el trámite previsto en el artículo 2º de la Ley 1781 de 2016.*
> *De esta manera, se advierte también estructurado un defecto orgánico, que torna viable la concesión del amparo constitucional."*

Bajo tal orientación, en tratándose de la ineficacia del traslado, como ya se anotó, no resultan relevantes los traslados efectuados por el afiliado dentro del mismo régimen.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración y porcentajes correspondientes a invalidez y sobrevivientes (comisiones) y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Conviene anotar igualmente, en autos no tiene relevancia lo atinente a la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues es suficiente indicar en este punto, no se está avalando el

tránsito de un régimen a otro sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva a retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Asimismo, advierte la Sala, frente a los argumentos de apelación de las demandadas, relacionados con los gastos de administración y el porcentaje dirigido a financiar las prestaciones por invalidez y sobrevivencia, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante a COLPENSIONES (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, en la que se dijo:

> *"Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.*
>
> *[…]*
>
> *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 ésta 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.***
>
> *Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada."*

Igualmente, en la sentencia SL1421-2019, Radicación N° 56174 del 10 de abril de 2019, se expuso:

> *"Conforme a lo establecido en sede de casación, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, que la actora jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de igual forma, que el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 (…)".*

Frente a esta temática, debe anotarse igualmente el deber de devolver las cuotas de administración incumbe a todas las administradoras del régimen de ahorro individual en las que estuvo afiliada la demandante, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial. Así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

> *"(…)*
>
> *De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional* ***deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor,*** *sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil.* ***En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones."***

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES[8], a favor de quien se surte la consulta (*archivo 01ExpedienteDigitalizado.pdfpágina 138, expediente digital),* basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Es de anotar en este punto, dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración y demás restituciones, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción.

Sobre esto último, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2611, Radicación N° 67972 del 1° de julio de 2020, señaló que las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones, hace inoperante dicho fenómeno extintivo frente a los mismos. Puntualmente dijo esa Corporación:

> *"…recientemente, en la sentencia CSJ SL1421-2019, tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto, sosteniéndose que en materia del derecho del trabajo y la seguridad social, las disposiciones que gobiernan la extinción de la acción son los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, que consagran un periodo trienal para que opere ese fenómeno; sin embargo, se adujo que tal normativa no resulta aplicable a los casos de ineficacia del traslado, por cuanto se trata de una pretensión de carácter declarativa, que es precisamente lo que sucede en el sub examine, en la aludida providencia se dijo:*

[8] Se estudia la excepción a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada en auto del 18 de noviembre de 2021 (*archivo "09DaxContestadaFijaFecha.pdf", expediente digital*).

> *Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que* ***las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo,*** *en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.*
>
> *De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el trascurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.*
>
> *Conforme a lo discurrido, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, (...)"* (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Finalmente, frente al punto de apelación de las demandadas PORVENIR y COLFONDOS relacionado con la condena en costas, advierte la Sala, que solo está legitimado para interponer recurso en contra de una decisión, la parte a quien la providencia le haya sido desfavorable; en ese orden, es evidente, que las recurrentes no son las llamadas a solicitar que se imponga condena por concepto de costas procesales a la también demandada Colpensiones, facultad que únicamente podía ejercer la parte demandante, quien al punto guardó silencio, razón por la cual, no hay lugar a adicionar en este punto la sentencia impugnada.

Agotada la competencia de la Sala, habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta y por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la sentencia de primer grado, de conformidad con las precisiones señaladas.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de los expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR AURA RUTH BARBUDO LADINO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A, SKANDIA S.A Y PORVENIR S.A (RAD. 33 2019 00490 01)

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva a la abogada BELCY BAUTISTA FONSECA como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA en su calidad de representante legal de la firma de abogados CAL & NAF ABOGADOS S.A.S (fl. 5)



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos por la parte demandante, COLPENSIONES, PORVENIR S.A (fls. 6 a 17), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A., SKANDIA HOY OLD

MUTUAL y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el pasado 6 de abril de 2022 (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:25:15, archivo "22AudienciaSentencia.mp4", expediente digital),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por la COLFONDOS y con esto a la afiliación realizada el 1° de octubre de 1997 (sic), 29 de agosto de 1997 a la señora AURA RUTH BARBUDO LADINO, identificada con cédula de ciudadanía N° 51.673.268.*
> ***SEGUNDO: DECLARAR** que la señora AURA RUTH BARBUDO LADINO, ya identificada se encuentra afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.*
>
> ***TERCERO: ORDENAR** a SKANDIA S.A.- OLD MUTUAL, a realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual la señora AURA RUTH BARBUDO LADINO a COLPENSIONES, junto con sus respectivos intereses, rendimientos, y cuotas de administración.*
>
> ***CUARTO: ORDENAR** a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como reactivar la afiliación de la señora AURA RUTH BARBUDO LADINO e integrar en su totalidad su historia laboral.*
>
> ***QUINTO: ORDENAR** a SKANDIA., PORVENIR y COLFONDOS a trasladar los dineros recibidos por cuotas de administración al régimen de Prima Media con Prestación Definida, a COLPENSIONES. Para esto se CONMINA a esta última entidad para que realice las gestiones necesarias a fin de obtener el pago de tales sumas.*
>
> ***SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS,** las excepciones de inexistencia del derecho y la obligación, prescripción, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SÉPTIMO: NEGAR** la solicitud de allanamiento planteada por COLFONDOS acorde a lo consagrado en el artículo 99 Numeral 6 del Código General del Proceso.*
>
> ***OCTAVO: COSTAS** de esta instancia quedan a cargo de las demandadas. Se fijan como Agencias en Derecho así: COLFONDOS: 2 S.M.L.MV. PORVENIR: 2.5 S.M.L.M.V. y SKANDIA 2.5 S.M.L.M.V, estos a favor de la demandante. **SIN COSTAS** para COLPENSIONES."*

En este punto es pertinente señalar, aunque dentro de las demandadas inicialmente no se encontraba la sociedad PORVENIR S.A., mediante auto de 30 de junio de 2021, el juzgado resolvió vincular a dicha entidad en calidad de demandada.

Inconforme con la decisión los apoderados judiciales de las demandadas PORVENIR S.A, OLD MUTUAL (antes Skandia) y COLPENSIONES la apelaron.

En primer lugar, PORVENIR solicitó se revoque la condena impuesta respecto a la devolución de los gastos de administración teniendo en cuenta que estos descuentos que se encuentran debidamente autorizados por la ley. En el presente caso los descuentos realizados por la AFP cumplieron a cabalidad con la destinación legal y ya no se encuentran en el patrimonio de la entidad, en tanto fueron utilizados para la generación de frutos o rendimientos a favor de la parte demandante, los cuales fueron trasladados en su totalidad junto con las cotizaciones a la AFP actual SKANDIA, y se utilizaron para cubrir los riesgos de invalidez y muerte a los que estuvo expuesta la demandante durante todo el tiempo que estuvo afiliada con PORVENIR.

De otro lado, en caso de ser confirmada la condena a la devolución de los gastos de administración, advierte se estaría presentado enriquecimiento sin causa a favor de la parte demandante, en la medida que no se estarían aplicando bajo ninguna circunstancia las normas legales que regulan las restituciones mutuas derivadas de la declaratoria de la nulidad, o la ineficacia de un acto jurídico.

Añade, referente a la inversión de los gastos de administración se dio de acuerdo a un mandato legal establecido en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, además, también teniendo en cuenta la obligatoriedad de la garantía de la rentabilidad mínima que establece el literal e del artículo 60 de la ley 100 de 1993. Con base en lo anterior, también debe tenerse en cuenta que toda decisión judicial de traslado de régimen pensional, debe tener en cuenta el sistema financiero de seguridad social sea sostenible, por lo que es necesario que en la actualidad se haga un análisis más amplio de las consecuencias que se derivan de autorizar unos traslados que no cuenta con los requisitos para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social.

Finalmente, solicitó se revoque la condena en costas y agencias en derecho, toda vez que la entidad obró de buena fe objetiva en el cumplimiento de las disposiciones vigentes para la época del traslado. Se debe tener en consideración que PORVENIR S.A no fue el fondo a través del cual se realizó el traslado de

régimen pensional, por lo cual no tuvo injerencia alguna en la decisión de la demandante de trasladarse de régimen pensional, el traslado que se hizo fue horizontal dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad y en la actualidad cuando la demandante solicita el traslado de régimen pensional nuevamente hacia COLPENSIONES, la AFP no administraba la cuenta de ahorro individual de la demandante, por lo que estaba imposibilitada administrativamente de acceder a dicha solicitud, además, resalta que la actora ya se encontraba inmersa dentro de la prohibición de trasladarse de régimen pensional.[1] (*Audiencia*

[1] *"**Apoderado PORVENIR (1:28:20):** Muchas gracias su señoría en representación de PORVENIR S.A me permito interponer recurso de apelación, en contra de la sentencia que acaba de ser proferida por su despacho ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá con el presente recurso exijo que se revoque la condena impuesta en contra de mi representada en el numeral 5 de la sentencia donde se condena a PORVENIR S.A a la devolución de los gastos de administración durante el interregno en el cual la demandante estuvo afiliada a mi representada. Así mismo la condena impuesta en el numeral 8 en las costas y donde se fijan agencias en derecho en contra de PORVENIR S.A y a favor de la parte demandante por el valor de 2.5 SMLMV.*
El presente recurso lo sustento de la siguiente manera y es manifestándole al Tribunal que consideramos que no es procedente la devolución de los gastos de administración teniendo en cuenta que estos son unos descuentos que se encuentran debidamente autorizados por la ley, las sumas correspondientes a los gastos de administración tienen por mandato legal una destinación específica, la cual se encuentra consagrada en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 y entonces vemos que en el mencionado artículo que en el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso de base de cotización se destina a las cuentas de ahorro individual, el 0,05% del ingreso base de cotización se destinará al fondo de garantía para la pensión mínima en el RAIS y el 3% se destina a financiar gastos de administración, la prima de reaseguros de FOGAFIN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.
Entonces, así las cosas en el presente caso es claro que estos descuentos realizados por mí representada en su momento cumplieron a cabalidad con el objetivo y la destinación legal, por lo que los mismos no se encuentran en el patrimonio de mi representada, en la medida que dichos descuentos en primer lugar fueron utilizados para la generación de frutos o rendimientos a favor de la parte demandante, los cuales fueron trasladados en su totalidad junto con las cotizaciones a la AFP actual que es SKANDIA, y se utilizaron para cumplir los riesgos de invalidez y muerte a los que estuvo expuesta la demandante durante todo el tiempo que estuvo afiliada con mi representada. Por lo que no es viable retrotraerlos en atención a que la cobertura y el servicio efectivamente se prestaron.
En ese orden de ideas, si la condena a devolver los gastos de administración fuera confirmada por el Tribunal, estaríamos frente a un enriquecimiento sin causa a favor de la parte demandante, en la medida que no se estarían aplicando bajo ninguna circunstancia las normas legales que regulan las restituciones mutuas derivadas de la declaratoria de la nulidad, o la ineficacia de un acto jurídico, siendo necesario reiterar que las sumas descontadas por mi representada fueron invertidas en el mantenimiento de las cotizaciones que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante y para que estas incrementaran.
Así mismo, se recuerda que la inversión de los gastos de administración se dio de acuerdo a un mandato legal establecido en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, como ya lo mencioné, pero, además, también teniendo en cuenta la obligatoriedad de la garantía de la rentabilidad mínima que establece el literal e del artículo 60 de la ley 100 de 1993. Con base en lo anterior, también debe tenerse en cuenta que toda decisión judicial de traslado de régimen pensional, debe tener como (inaudible) constitucional que el sistema financiero de seguridad social sea estable, que sea sostenible, por lo que es necesario que en la actualidad se haga un análisis más amplio de las consecuencias que se derivan de autorizar unos traslados que no cuenta con los requisitos para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social.

virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:28:09, archivo "22AudienciaSentencia.mp4", expediente digital)

A su turno, OLD MUTUAL -SKANDIA interpuso recurso de apelación de manera parcial referente a la condena de devolver gastos de administración, los cuales fueron descontados durante el tiempo que la actora estuvo afiliada a la AFP. Sustentó el recurso de apelación en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, el cual indica en su literal b que en los dos regímenes pensionales se puede realizar el descuento de los gastos de administración de un 3%, el cual se va a destinar a financiar una prima de reaseguros de FOGAFIN, de seguros de invalidez y sobrevivientes y efectivamente los gastos de administración, pero adicionalmente menciona, el decreto 692 de 1994, artículo 36 determina de la distribución de las cotizaciones, específicamente que el ISS, cajas, fondos, entidades de previsión mientras no se ordene la liquidación deberán llevar unas cuentas separadas de las reservas para la pensión de vejez, y los gastos de administración. Resalta, que bajo las pretensiones de la demanda giraron en torno a la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS y la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la consecuencia de esta es regreso automático a las cosas al estado inicial; reparó en que se debe hacer una ponderación objetiva en cuanto a los conceptos de restituciones mutuas, de confianza legítima, y sobre todo de la buena fe, en este caso que ostenta SKANDIA. Añade, que la AFP siempre actuó de buena fe

---

Finalmente, su señoría le solicito, perdón al Honorable Tribunal le solicito se revoque también la condena en costas y agencias en derecho, en primer lugar, porque mi representada siempre obró con buena fe objetiva en cumplimiento de las disposiciones legales vigentes para la época del traslado, máxime teniendo en cuenta que para la fecha en la cual se realizó el traslado horizontal con mi representada no exigía la obligación de dejar constancias escritas o entregar asesorías a los potenciales afiliados. Se debe tener en consideración que PORVENIR S.A no fue el fondo a través del cual se realizó el traslado de régimen pensional, por lo cual no tuvo injerencia alguna en la decisión de la demandante de trasladarse de régimen pensional, el traslado que se hizo fue horizontal dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad y en la actualidad cuando la demandante solicita el traslado de régimen pensional nuevamente hacia COLPENSIONES ya mi representada no administraba la cuenta de ahorro individual de la demandante, por lo que estaba imposibilitada administrativamente de acceder a dicha solicitud por la parte demandante, además, que ya se encontraba inmersa dentro de la prohibición de trasladarse de régimen pensional.
En ese sentido y pues teniendo en cuenta que mi representada debe ser absuelta de todas las pretensiones que fueron incoadas en la demanda, especialmente de los puntos que fueron objeto de apelación en este recurso, le solicitamos al Tribunal que se revoquen las costas en contra de PORVENIR S.A. su señoría así dejo sustentado el recurso de apelación, le solicito concederlo ante el Superior, Muchas gracias."

durante toda la relación contractual con la demandante, y administró de forma correcta la cuenta de ahorro individual de la misma.

De otro lado, señala que la comisión de administración esta direccionada a retribuir todas las actividades que desarrollan las instituciones pensionales que conforman el sistema general en pensiones; dicha comisión de administración no es del afiliado, tampoco está destinado a financiar una pensión de vejez, porque en los dos regímenes pensionales, la ley dispone que dicho porcentaje está a favor de las administradoras de pensiones, por lo que en su sentir, al ordenarle a la AFP que devuelva este dinero hacia COLPENSIONES sería generarle a dicha entidad un pago de lo no debido, y un enriquecimiento sin justa causa, porque estaría recibiendo un dinero del cual no ha realizado ningún tipo de administración conforme lo dispone la ley.

Finalmente, advierte haber quedado acreditado con las pruebas documentales que se allegaron con la contestación de la demanda que SKANDIA cumplió con generar una rentabilidad acorde con unas directrices legales de la Superintendencia Financiera, por ende, considera no ser procedente tener que reintegrar la comisión de administración, cuando en el ejercicio legítimo de las obligaciones legales vigentes durante la vinculación de la demandante la AFP cumplió pues con todas las obligaciones. [2] (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77*

---

[2] *"**Apoderada SKANDIA (1:34:44):** Gracias señor juez me permito presentar y sustentar mi recurso de apelación parcial, específicamente la condena a mi representada para devolver a COLPENSIONES los gastos de administración que se le han descontado a la demandante por el tiempo que ha estado afiliada con SKANDIA.*
Sustento mi recurso de apelación primero en el artículo 20 de la ley 100 del 93, el cual nos indica en su literal b que en los dos regímenes pensionales se puede realizar el descuento de los gastos de administración de un 3%, el cual se va a destinar a financiar una prima de reaseguros de FOGAFIN, de seguros de invalidez y sobrevivientes y pues efectivamente los gastos de administración. Pero adicionalmente a este artículo tenemos el decreto 692 de 1994 este decreto perdón en su artículo 36 nos habla de la distribución de las cotizaciones, específicamente que el ISS, cajas, fondos, entidades de previsión mientras no se ordene la liquidación deberán llevar unas cuentas separadas de las reservas para la pensión de vejez, y los gastos de administración. Si bien es cierto pues bajo las pretensiones de la demanda giraron en torno a la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS y pues la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la consecuencia de esta es regreso automático a las cosas al estado inicial, también pues importante tener en cuenta que se debe hacer una ponderación objetiva en cuanto a los conceptos de restitución mutuas, de confianza legítima, y sobre todo de la buena fe, en este caso que ostenta mi representada SKANDIA.
Lo primero entonces que quiero rescatar es que mi representada siempre ha actuado de buena fe durante toda la relación contractual pues que ha tenido con la demandante, y ha administrado de forma correcta la cuenta de ahorro individual de la misma.
En segundo lugar, como su nombre lo indica la comisión de administración esta direccionada a que, a retribuir todas las actividades que desarrollan las instituciones pensionales que conforman

y 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:34:44, archivo "22AudienciaSentencia.mp4", expediente digital)

Por último, COLPENSIONES solicitó que sea revocada la sentencia de primera instancia. Señaló que con la declaratoria de ineficacia de la afiliación se causa un detrimento económico a la entidad ya que afirma no se tiene certeza al día de hoy, si el aporte realizado en el RAIS o en el fondo de prima media, alcance a cumplir la prestación que se le vaya a reconocer a futuro, sería una situación que llevaría a un detrimento patrimonial porque la entidad no alcanzó a realizar las proyecciones o a planear dicha pensión con anticipación.

De otro lado, frente inversión de la carga de la prueba, a su juicio no hay proporcionalidad probatoria, en el sentido que no es viable con la sola afirmación por parte de la demandante, relativa a que no se le brindó una información completa, esta situación se dé por cierta y no se le imponga a la demandada la carga desproporcionada de comprobar una afirmación que está haciendo el extremo activo.

Añade, de la prueba que reposa en el expediente y del interrogatorio de la demandante se extrae que su traslado fue consiente, libre y voluntario y además que la parte actora continuó con el pago periódico de unos aportes durante un largo tiempo, lo que puede llevar a unos actos de relacionamiento, en el entendido que son aquellos actos desplegados por la demandante, que se apegan a la realidad de estar afiliada al RAIS, resalta que al no manifestar su inconformidad,

---

el sistema general en pensiones, dentro de las cuales obviamente también esta SKANDIA. Es importante entonces entender que esta comisión de administración no es del afiliado, tampoco está destinado a financiar una pensión de vejez, porque en los dos regímenes pensionales, es decir, tanto régimen de prima media como en el régimen de ahorro individual, la ley dispone que dicho porcentaje está a favor de las administradoras de pensiones, y si esto es así entonces ordenarle a mi representada que devuelva este dinero hacia COLPENSIONES sería generarle a dicha entidad un pago de lo no debido, y pues un enriquecimiento sin justa causa, porque estaría recibiendo un dinero del cual no ha realizado ningún tipo de administración conforme lo dispone la ley.
Finalmente, también quedó acreditado con las pruebas documentales que se allegaron con la contestación de la demanda que mi representada cumplió con generar una rentabilidad acorde con unas directrices legales de la Superintendencia Financiera, por ende entonces tampoco resulta procedente tener que reintegrar la comisión de administración, cuando en el ejercicio legítimo de las obligaciones legales vigentes durante la vinculación de la demandante mi representad cumplió pues con todas estas obligaciones-.
Es básicamente en estos términos que dejo sustentado mi recurso de apelación solicitando entonces al Tribunal Superior de Bogotá sala laboral, revoque la sentencia en este punto concreto respecto de mi representada. Gracias".

el no acercarse a las oficinas de los fondos privados o de COLPENSIONES para retornar al régimen de prima media, así como las varias afiliaciones que hizo a otros fondos privados, son acciones y a la vez omisiones de las cuales se puede concluir que para la fecha de traslado y posterioridad, era la voluntad de la demandante estar en el RAIS.

Advierte, en su sentir la inconformidad presentada por la actora, refiere al monto de la mesada pensional, no obstante, debe tenerse en cuenta que para la fecha del traslado, era una apuesta hacía el futuro, toda vez que dependía de un comportamiento económico y financiero, pero como no fue favorable para la actora, ahora pretende atacar argumentando una falta de información al momento del traslado. [3] (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S.,*

---

[3] *"**Apoderado COLPENSIONES (1:38:12):** Muchas gracias señor juez, siendo esta la oportunidad pertinente, le solicito a usted me sea concedido el recurso de apelación para que sea resuelto por los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá en su sala laboral, con la finalidad de que se revoque de manera parcial el fallo proferido en esta instancia, únicamente en lo que tiene que ver con la declaratoria de la nulidad o la ineficacia de la afiliación por la falta de información. En razón a que pues se le puede causar un detrimento económico a mi representada dado que no sabe si hoy en día el aporte realizado ya sea en el régimen de ahorro individual o en el fondo de prima media, alcance a cumplir la prestación que se le vaya a reconocer a futuro, sería el caso que si supera con creces la demandante la expectativa de vida, sería una situación que llevaría a un detrimento patrimonial porque mi representada no alcanzó a realizar las proyecciones o a planear dicha pensión con anticipación.*
En lo que tiene que ver con la sustentación del recurso honorables magistrados es la inconformidad con la tesis del despacho, en cuanto a la reinversión de la carga de la prueba, ya sea por los supuestos negativos o por el acogimiento de la línea jurisprudencial emanada por Corte Suprema de justicia, y que quede en cabeza del fondo privado, de los fondos privados que se brindó la debida información al momento del traslado. En razón a que hay una desproporcionalidad probatoria, en el sentido que no es viable con la sola afirmación por parte de la demandante, en este caso de que no se le brindó una información completa, y clara al momento de su traslado por parte del asesor del fondo privado, esta situación se dé por cierta y no se tenga la carga de probar la existencia y se corra lo que es la carga desproporcionada a la demandada, de comprobar una afirmación que está haciendo la demandante.
Si verificamos lo que es el acervo probatorio que reposa en el expediente, el interrogatorio de la demandante del día de hoy, se demuestra que hubo un traspaso, un traslado de régimen de una manera consiente, libre y voluntaria, un traspaso totalmente válido y más si se continuo por parte de la demandante con el pago mensual o periódico de unos aportes por un periodo largo de tiempo, lo que puede llevar a unos actos de relacionamiento, en el entendido que son aquellos actos desplegados por la demandante, que se apegan a la realidad de estar afiliada al régimen de ahorro individual, el no manifestar su inconformidad, el no acercarse a las oficinas de los fondos privados o de COLPENSIONES para retornar al régimen de ahorro (sic), de prima media, así como las varias afiliaciones que hizo a otros fondos privados, son acciones y a la vez omisiones de las cuales se puede concluir que para la fecha de traslado y posterioridad, años posteriores era la voluntad de la demandante estar en el régimen de ahorro individual.
Mas sin embargo, para este apoderado judicial la inconformidad que se presenta en este caso es la desproporción entre lo que reconoce del fondo privado y lo reconocido por COLPENSIONES, en cuanto a la mesada pensional, pero hay que tener en cuenta señores magistrados que para la fecha del traslado era una apuesta que se hacía futuro, en tanto que dependía de un comportamiento económico y financiero, que pudiese haber sido mayor, más sin embargo, como no le fue favorable entonces se pretende atacar con una falta de información al momento del traslado.
Por lo tanto, le solicito se revoque parcialmente el fallo de instancia, únicamente en lo que tiene que ver con la declaratoria de la ineficacia de esta afiliación y de esta manera señor juez dejó sustentado mi recurso de apelación. Muchas gracias."

realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:38:12, archivo "22AudienciaSentencia.mp4", expediente digital)

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda *(páginas 4 y 5, archivo "01ExpedienteDigital.pdf", expediente digital)* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo *(páginas 5 a 7, ibídem)*, aspirando se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado a COLFONDOS S.A el 1° de octubre de 1997; se ordene a dicha AFP y OLD MUTUAL, trasladar la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante con destino a COLPENSIONES; se ordene a esta última entidad a recibir sin solución de continuidad a la actora, y proceda a corregir y actualizar la historia laboral; se declare para todos los efectos que la única afiliación válida fue la efectuada el 20 de septiembre de 1984 al ISS hoy COLPENSIONES; se condené costas y gastos, ultra y extra petita. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró ineficaz el traslado de la demandante al RAIS, declaró que la actora se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida; ordenó a SKANDIA, a trasladar a COLPENSIONES los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los respectivos intereses, rendimientos y cuotas de administración; condenó a COLPENSIONES a aceptar el traslado de las anteriores sumas, así como reactivar la afiliación e integrar en su totalidad la historia laboral; ordenó a SKANDIA, PORVENIR y COLFONDOS a trasladar los dineros recibidos por cuotas de administración a COLPENSIONES; y condenó en costas y agencias en derecho a las AFP. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PROTECCIÓN no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[4].

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 10 de junio de 1962 (*Página 52, archivo, "01ExpedienteDigital.pdf", expediente digital),* por lo que la edad de 57 años, los cumpliría el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante OLD MUTUAL el 30 de noviembre de 2018 (*Páginas 67 a 77, archivo, "01ExpedienteDigital9.pdf", expediente digital)*, ante COLFONDOS y COLPENSIONES el 29 de noviembre 2018 (*Páginas 80 a 90 y 93 a 103,, archivo, "01ExpedienteDigital.pdf", expediente digital)* esto es, cuando le faltaban menos de diez años para adquirir el derecho pensional -tenía 56 años- y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994- pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas 92,28 semanas, que corresponden a 1,7 año *(Página 53, Archivo, "01ExpedienteDigital.pdf", expediente digital),* por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro

[4] *En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".*

Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **29 de agosto de 1997,** efectivo el **01 de octubre de 1997** (*Página 31, Archivo "14ContestacionPorvenir.pdf"),* por afiliación que hiciera a COLFONDOS S.A, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP sin que se advierta la presencia del formulario de afiliación **precisándose**, en todo caso para el tema objeto de debate la presencia del formulario escrito no constituye un requisito *sine qua non* o prueba solemne, pues lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 694 de 1994 es que se debe informar por escrito al empleador del trabajador la selección realizada, en aras de que aquel efectúe las cotizaciones al fondo correspondiente. Lo anterior impone a la AFP demandada, acreditar el consentimiento informado y en esa medida, resulta procedente el estudio de la viabilidad o no de la declaración de ineficacia.

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada y que ésta fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal información debe ser objetivamente verificable, en el entendido de que aquél debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión *"libre y voluntaria*" contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura.

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

> *"Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.*
>
> *Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute**, es eficaz**, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.*

> *Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*
>
> *El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias."*

En tal sentido, *"es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez"* (SL1688 de 2019).

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc[5], en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

> *"(…)*
> *De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:*
>
> > *Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).*
> >
> > *En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies*

[5] *Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020*

> *o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*
>
> ***Entonces, según la norma precedente, 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."*

Frente a este respecto, además, esa alta Corporación en sentencia SL-1948 de 2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (*vuelta al status quo ante*, art. 1746 CC). Así, discurrió

> *"**1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen***
>
> *Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.*
>
> *Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (…) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».*
>
> *De ahí que le corresponda a la Sala precisar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto.*
>
> *Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC).*
>
> *[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó*

> *un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]*
>
> *Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral […] la afiliación respectiva quedará sin efecto».*
>
> *Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019).*

En ese orden, no se trata de analizar la presencia de vicios que conlleven a la nulidad del negocio jurídico, sino de establecer el cumplimiento del deber de información como condición de eficacia del traslado de régimen pensional, razón por la cual, no se requiere la acreditación en este juicio de la presencia de vicios que invaliden el consentimiento.

Ahora bien, sobre esta temática igualmente, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la

pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado,* por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la actora al fondo accionado COLFONDOS S.A.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de

noviembre de 2011[6], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de

---

[6] *"Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.*

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la "ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA", en donde se señala una mesada pensional de $900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el "RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL", es de $1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

"Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

"En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

"Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

"Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos

pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

"El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.
"(…).
"Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

"Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

"Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

"La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

"La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

"Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

"Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

"Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

"En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

> *"(…)* ***Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.***
>
> *(…)*
>
> *Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*
>
> *(…).*
>
> *Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, 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.*

"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña".

"Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales".

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta 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.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

> ***Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego.*** *A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (…)"*

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información a la accionante cuando efectuó el tránsito entre regímenes en los términos aquí referidos, pues en manera alguna se evidencia en el plenario que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante[7], no acreditan de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar para 1997 se encontraba trabajando con la constructora AMARILO S.A, y en la sala de ventas tuvo una "charla" de aproximadamente 10 a 15 minutos, el asesor del fondo diligenció el formulario, le indicó que el ISS se encontraba en una crisis económica, le aseguró que le iba a garantizar las semanas que ya tenía cotizadas y le afirmó que su pensión iba a ser acorde a su salario.

Respecto al comunicado de prensa *(Páginas 33 a 35 archivo "14ContestacionPorvenir.pdf",expediente digital)* es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara a la afiliada una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias

[7] Audiencia del 06 de abril de 2022, récord 15:07

futuras. No obstante, esa administradora –COLFONDOS- no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características.

Aquí también debe resaltar esta Sala, el deber de información existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y por ende de los fondos privados se estableció en cabeza de éstos el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así, por ejemplo, en sentencia SL1688-2019 reiterada en la SL-3708-2021 y SL-3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

> ***"1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***
>
> ***1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.***
> *El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).*
>
> *De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.*
>
> *Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.*

...

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Además, ilustró las diferentes etapas del deber de información, así:

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 1.° 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 3.°, 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 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Como se ve, ya para el año 1997, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre

las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS omitió en el momento del traslado de régimen **(29 de agosto de 1997,** efectivo el **01 de octubre de 1997)** el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar, no tiene incidencia alguna que la actora no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen. Al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

Tampoco incide el hecho que el demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (*Página 161, archivo "18.ContestaciónColfondos.pdf", expediente digital),* en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual.

Con relación a los actos de relacionamiento como indiciarios de la ratificación de la voluntad de permanecer en el RAIS a la que se ha hecho referencia, la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en señalar que no puede entenderse que los posteriores traslados entre administradoras configuran un acto relacionamiento que demuestre la voluntad de permanecer en el régimen de ahorro individual, Recientemente reiteró esta postura en sentencia SL 1055-2022 radicación 87911 de 2 de marzo de 2022, insistiendo en que ello no desvirtúa el hecho del incumplimiento frente al deber de información. Textualmente señaló lo siguiente:

> *Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.*
>
> *Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.*
>
> *De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.*
>
> *Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.*
>
> *Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.*

Bajo tal orientación, en tratándose de la ineficacia del traslado, como ya se anotó, no resulta relevante los traslados efectuados por el afiliado dentro del mismo régimen.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de SKANDIA S.A, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Conviene anotar igualmente, en autos no tiene relevancia lo atinente a la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues es suficiente indicar en este punto, no se está avalando el tránsito de un régimen a otro sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva a retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Asimismo, advierte la Sala, frente a los argumentos de apelación de PORVENIR y SKANDIA relacionados con los gastos de administración resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante a COLPENSIONES (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, en la que se dijo:

> *"Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso*

> *del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.*
>
> *[…]*
>
> *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 ésta 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.***
>
> *Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada."*

Igualmente, en la sentencia SL1421-2019, Radicación N° 56174 del 10 de abril de 2019, se expuso:

> *"Conforme a lo establecido en sede de casación, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, que la actora jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de igual forma, que el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 (…)".*

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES[8], a favor de quien se surte la consulta (*páginas 232 y 233, archivo "01ExpedienteDigital.pdf", expediente digital),* basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo,

[8] Se estudia la excepción solo a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada mediante auto 9 de marzo de 2020 (Página 249, archivo "01ExpedienteDigital.pdf", expediente digital)

máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Es de anotar en este punto, dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración y demás restituciones, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción.

Sobre esto último, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2611, Radicación N° 67972 del 1° de julio de 2020, señaló que las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones, hace inoperante dicho fenómeno extintivo frente a los mismos. Puntualmente dijo esa Corporación:

> *"…recientemente, en la sentencia CSJ SL1421-2019, tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto, sosteniéndose que en materia del derecho del trabajo y la seguridad social, las disposiciones que gobiernan la extinción de la acción son los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, que consagran un periodo trienal para que opere ese fenómeno; sin embargo, se adujo que tal normativa no resulta aplicable a los casos de ineficacia del traslado, por cuanto se trata de una pretensión de carácter declarativa, que es precisamente lo que sucede en el sub examine, en la aludida providencia se dijo:*
>
> > *Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que* ***las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo,*** *en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.*
> >
> > *De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la*

> *pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el trascurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.*
>
> *Conforme a lo discurrido, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, (…)"* (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Finalmente, respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte de PORVENIR., téngase en cuenta que el legislador nacional ha acogido el criterio objetivo, en virtud del cual, las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el numeral 1º del artículo 392 del C.P.C, ahora artículo 365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual *"se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (…)"*, sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, por manera que al haber sido desfavorable la sentencia de primer grado a la demandada PORVENIR, lo atinente a derecho es que sea condenada en costas, iterando, la única valoración a tener en cuenta en este aspecto, es las resultas del proceso, se confirma la decisión.

Agotada la competencia de la Sala, habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta y por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de los expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ROSA INES HURTADO CARO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 33 2019 00702 01)

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Reconocer personería adjetiva al abogado DAVID RICARDO GUILLEN RODRIGUEZ, como apoderado sustituto de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA, en su calidad de representante legal de la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S (fl. 5)

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por COLPENSIONES (fls. 6 a 9), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez 33 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 1° de diciembre del 2021 *(Audiencia virtual realizada a través de la*

plataforma Microsoft Teams récord 53:14 Archivo 15 expediente digital), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por el FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN., y con esto a la afiliación realizada a ROSA INÉS HURTADO CANO identificada con la cédula de ciudadanía No. 39.523.012, el 2 de febrero de 2000, con efectividad al 1 de abril de 2000, a DAVIVIR PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PROTECCIÓN.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR** que ROSA INÉS HURTADO CANO actualmente se encuentra afiliado de manera efectiva al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.*
>
> ***TERCERO: ORDENAR** a PROTECCIÓN., realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de ROSA INÉS HURTADO CANO a COLPENSIONES, junto con sus respectivos intereses, rendimientos, cuotas de administración y bonos pensionales.*
>
> ***CUARTO: ORDENAR** a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como activar la afiliación de ROSA INÉS HURTADO CANO, al régimen de prima media con prestación definida e integrar en su totalidad la historia laboral.*
>
> ***QUINTO: CONDENAR** a PROTECCIÓN, a pagar las cuotas de administración descontadas durante el tiempo que estuvo afiliada la demandante. **COLPENSIONES,** a efectos de realizar las acciones para obtener el pago de tales sumas.*
>
> ***SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción y demás presentadas por las demandadas.*
>
> ***(sic) OCTAVO: COSTAS** de esta instancia quedan a cargo de la demandada PROTECCIÓN S.A. Se fijan como Agencias en Derecho la suma de 2 SMLMV."*

Inconforme con la decisión los apoderados judiciales de las demandadas PROTECCIÓN y COLPENSIONES la apelaron.

Así, en primer lugar, PROTECCIÓN solicita la revocatoria parcial de la decisión únicamente frente a la condena de la devolución de los gastos de administración, por cuanto asegura es un descuesto que se encuentra debidamente consagrado en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, modificado por la ley 797 de 2003 en su artículo 7, y el mismo se realizó conforme a la regulación normativa, por lo que no hay lugar a devolver esos dineros ya que se tratan de valores ya causados durante la administración de los recursos del fondo de pensiones, y el cobro de los mismos se realiza, como es permitido, frente a cualquier entidad financiera.

Expresando igualmente frente a este cobro del 3% destinado para los gastos de administración, opera la prescripción por ser un concepto de tracto sucesivo que

no financia directamente la prestación económica por vejez, aunado a que el artículo 113 de la ley 100 de 1993, no dispuso que el traslado de régimen comprendiera el traslado de sumas percibidas por gastos de administración (Audiencia virtual, archivo 15, record: 56:29)[1]

COLPENSIONES por su parte, manifiesta que con la decisión adoptada se afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema, además de no respetarse el mandato legal que tiene la prohibición de trasladarse, en la cual la demandante ya se encuentra inmersa.

Precisa que la información que alega la señora de no haber recibido, se encuentra en la ley 100 de 1993, y normas subsiguientes que son de conocimiento público y de obligatorio cumplimiento, sobre las cuales no se puede alegar su desconocimiento como excusa para no cumplirlas.

Indica, no hay una lesión injustificada en los derechos pensionales, pues el único motivo de descontento es el monto de la mesada como quedó demostrado en el proceso, aspecto variable en el RAIS y no se puede entender como violación a sus derechos como afiliado.

---

[1] Gracias, señor juez de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación de manera parcial, únicamente respecto a la orden de trasladar a COLPENSIONES los descuentos realizados por gastos de administración, en primera medida esto es un descuesto que se encuentra debidamente consagrado en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, modificado por la ley 797 de 2003 en su artículo 7, y el mismo se realizó en su momento con la regulación normativa, como se realiza frente a cualquier entidad administradora de pensiones.

Segundo, este descuento se realizó en su momento como contraprestación a una buena gestión de administración del recurso de la hoy demandante, lo cual se puede evidenciar en los excelentes rendimientos financieros que generó su cuenta de ahorro individual y que ascienden a un 126%, como consta en el certificado de cuenta de ahorro individual obrante dentro del plenario.

Tercero, no hay lugar a devolver estos dineros ya que se tratan de valores ya causados durante la administración de los recursos del fondo de pensiones, y el cobro de estos dineros se realiza como es permitido frente a cualquier entidad financiera. Así las cosas debemos hablar de prestaciones acaecidas, teoría que fue puesta de presente por la Corte Suprema de Justicia en su sala laboral, en sentencia con radicado 31989 de septiembre de 2008, magistrado ponente Eduardo López Villegas, cuando manifiesta lo siguiente: "las consecuencias de la nulidad de la vinculación, respecto a las obligaciones acaecidas, no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tiene cabida en el derecho social, de manera que a diferencia de propender el retorno al estado original al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieran dado o recibido, la cual es de carácter tutelar ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas, ya en el ámbito del derecho laboral o en el de la seguridad social".

Además, debe tenerse presente que frente a este cobro del 3% destinado para los gastos de administración, opera la prescripción por ser concepto de tracto sucesivo, causado por la periodicidad que opera la ley, teniendo presente que este es un concepto que no financia directamente la prestación económica por vejez. Aunado a lo anterior, el artículo 113 de la ley 100 de 1993, no dispuso el traslado de régimen comprendiera el traslado de sumas percibidas por gastos de administración, por lo sustentado anteriormente solicito de manera respetuosa al honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en su sala laboral que revoque la sentencia parcialmente, esto es solamente en la lo concerniente a la condena del traslado de los gastos de administración, toda vez que se trata de prestaciones ya acaecidas. Muchas gracias.

Aduce que eventualmente COLPENSIONES, deberá sacar de sus propias arcas para el pago de la pensión, ya que los aportes no cubren este monto, y con menos afiliados y más pensionados, se hace insostenible para el sistema pues quienes estuvieron mayor parte del tiempo afiliados a las AFP no deberían volver solamente para pensionarse en el régimen de prima media, ya que esto crea un vacío en las arcas de la entidad, que son dineros públicos, y está poniendo el interés general, perdón, el interés particular por encima de general.

Por último, solicita en caso de no revocarse la decisión se ratifique en todo lo que el juez ha decidido, incluyendo los gastos de administración, ya que, no se puede dejar dineros a las AFP, si en verdad fueron culpables de no haber dado la asesoría correspondiente. (Audiencia virtual, archivo 15, record: 59:13)[2]

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

[2] "Gracias su señoría, con el permiso de su señoría y el respeto a su decisión, me permito interponer recurso de apelación, para que el Honorable Tribunal laboral de Bogotá revoque la sentencia y me baso en lo siguiente.

De trasladarse a la demandante al régimen de prima media con prestación definida, se afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema, además de no respetar el mandato legal que tiene prohibición de trasladarse en la que la demandante ya se encuentra inmersa. La información que alega la señora de no haber recibido, se encuentra en la ley 100 de 1993, y normas subsiguientes que son de conocimiento público y de obligatorio cumplimiento, las cuales no se puede alegar el desconocimiento como excusa para no cumplirlas.

La AFP cumplió con los requisitos normativos para la época para que el traslado se realizará, y no podía la AFP negarse a trasladar la persona que cumpla y hace dicha solicitud y tampoco podía el ISS oponerse a dicho traslado.

No hay una lesión injustificada en los derechos pensionales, el único motivo de descontento es el monto de la mesada como quedó demostrado en el proceso. Este aspecto es variable en el RAIS y no se puede entender como violación a sus derechos como afiliado.

Señores magistrados con el traslado de la demandante al régimen de prima media es perjuicio a la entidad, ya que si bien es cierto la AFP debe devolver los aportes, incluyendo los gastos de administración, eventualmente COLPENSIONES, deberá sacar de sus propias arcas para el pago de la pensión, ya que los aportes no cubren este monto, por esto es un régimen subsidiado. Y con menos afiliados y más pensionados, se hace insostenible quienes estuvieron mayo parte del tiempo afiliados a las AFP no deberían volver solamente a pensionarse al régimen de prima media, ya que esto crea un vacío en las arcas de loa entidad, que son dineros públicos, y está poniendo el interés general, perdón, el interés particular por encima de general.

Por último, señores magistrados, en caso de ratificar la sentencia de primera instancia del señor juez laboral 33, solicito por favor se ratifique en todo lo que el juez ha decidido, incluyendo los gastos de administración, ya que, pues no se pueden dejarle dineros a las AFP, si en verdad fueron culpables de no haber dado la asesoría correspondiente, no deberían percibir ni manejar ningún rubro, ni siquiera los gastos de administración, ni cualquier otro monto, señores magistrados, su señoría. Muchas gracias."

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (*Archivo 1 expediente virtual, página 4),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Archivo 1 expediente virtual, páginas 5 a 7),* aspirando se declare la nulidad de la afiliación del traslado de régimen de prima media al RAIS, en consecuencia se condene a Colpensiones a recibirla y afiliarla, se condene a la AFP PROTECCIÓN y a COLPNESIONES a reconocer y pagar los intereses generados por la demora injustificada en la no autorización del traslado, costas y agencias en derecho, lo *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante el 2 de febrero del 2000 al RAIS administrado hoy por PROTECCIÓN. En consecuencia, se ordenó a dicha AFP a transferir a COLPENSIONES los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de ROSA INÉS HURTADO CANO junto con sus respectivos intereses, rendimientos, cuotas de administración y bonos pensionales, y a COLPENSIONES a recibir dichas sumas y activar la afiliación de la actora. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PROTECCIÓN no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante, al momento del traslado, precisando si bien se pudo haberle brindado información sobre los beneficios del RAIS, no le explicó las consecuencias de su traslado y efectos.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[3].

[3] *En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de*

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 1° de septiembre de 1960 *(Archivo 1 expediente digital, página 19),* por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2017, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 1° de noviembre del 2018 *(Archivo 1 expediente digital, páginas 12 a 14)*, esto es, cuando ya había cumplido la edad requerida para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 498,86 semanas cotizadas al sistema que corresponden a 9 años, 8 meses y 18 días *(Historia Laboral válida para bono pensional Archivo 8 expediente digital),* por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo, como bien lo aduce COLPENSIONES en su apelación.

No obstante, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **2 de febrero del 2000** con fecha de efectividad a partir del **1° de abril del 2000** *(Archivo 8 expediente digital, páginas 36 y 44)* por afiliación que hiciera a DAVIVIR hoy PROTECCIÓN*,* específicamente conforme a la información consignada en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP y el reporte SIAFF expedido por ASOFONDOS.

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada y que ésta fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal información debe ser objetivamente verificable, en el entendido de que aquél debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

---

pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión *"libre y voluntaria*" contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura.

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

> *"Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.*
>
> *Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute**, es eficaz**, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.*
>
> *Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*
>
> *El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias."*

En tal sentido, *"es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez"* (SL1688 de 2019).

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc[4], en los términos del artículo 1746 del

[4] *Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020*

Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

> *"(…)*
>
> *De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:*
>
> > *Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).*
> >
> > *En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*
>
> ***Entonces, según la norma precedente, 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."*

Frente a este respecto, además, esa alta Corporación en sentencia SL-1948 de 2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (*vuelta al status quo ante*, art. 1746 CC). Así, discurrió

> *"**1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen***
>
> *Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.*
>
> *Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores*

> *que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (…) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».*
>
> *De ahí que le corresponda a la Sala precisar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto.*
>
> *Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC).*
>
> *[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]*
>
> *Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral […] la afiliación respectiva quedará sin efecto».*
>
> *Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019)".*

En ese orden, no se trata de analizar la presencia de vicios que conlleven a la nulidad del negocio jurídico, sino de establecer el cumplimiento del deber de información como condición de eficacia del traslado de régimen pensional, razón por la cual, no se requiere la acreditación en este juicio de la presencia de vicios que invaliden el consentimiento.

Ahora bien, sobre esta temática igualmente, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar

que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado,* por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte

relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la actora al fondo accionado PROTECCION antes DAVIVIR.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011[5], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

---

[5] *"Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.*

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la "ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA", en donde se señala una mesada pensional de $900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el "RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL", es de $1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

"Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

"En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

"Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

"Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

"El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.
"(…).
"Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

"Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

"Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

"La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

"La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

"Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

"Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

"Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

> *"(…)* ***Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.***
>
> *(…)*
>
> *Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*
>
> *(…).*
>
> *Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, 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*

"En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña".

"Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales".

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta 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.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

> *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.*
>
> ***Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego.*** *A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...)"*

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información en los términos aquí referidos, pues en manera alguna se evidencia en el plenario que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la accionante (Archivo 15, record: 3:25) no acreditan de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que el asesor le dijo que podría pensionarse a una edad menor a la establecida en la Ley, que los recursos del fondo estaban protegidos y tendrían mayor estabilidad dada la liquidación en su momento del ISS, pero de manera alguna le indicaron sobre las modalidades pensionales en el RAIS, la posibilidad de realizar aportes voluntarios, requisitos para pensionarse anticipadamente, entre otros aspectos.

Nótese, de lo relatado por la demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que en su momento DAVIVIR hoy PROTECCIÓN haya cumplido con su obligación de buen consejo, pues lo único que advierte la Sala es una labor de publicidad y promoción de los fondos privados donde se enfatizó en las supuestas bondades del RAIS y la posibilidad de recibir beneficios económicos por la decisión de vinculación que tomaran los potenciales afiliados, sin que en esa labor se tomará en cuenta la responsabilidad social que tenían las AFP desde su creación.

A efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a DAVIVIR (Archivo 8, expediente digital página 36), este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la AFP demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

Respecto al comunicado de prensa aportado por Protección *(Archivo 8 expediente digital, páginas 94 a 96)* es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones PROTECCIÓN antes DAVIVIR proporcionara a la afiliada una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración a la demandante al momento de trasladarse, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se deja constancia expresa en el sentido de su decisión de vincularse a esa AFP de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.

Aquí también debe resaltar esta Sala, el deber de información existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y por ende

de los fondos privados se estableció en cabeza de éstos el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así, por ejemplo, en sentencia SL1688-2019 reiterada en la SL-3708-2021 y SL-3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

> ***"1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***
>
> ***1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.***
> *El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).*
>
> *De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.*
>
> *Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.*
> *...*
> *En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*
>
> *De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de*

los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Además, ilustró las diferentes etapas del deber de información, así:

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 1.° 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 3.°, 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 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Como se ve, ya para el año 2000, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN antes DAVIVIR, omitió en el momento del traslado de régimen **(2 de febrero del**

2000, efectivo el 01 de abril de ese año), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Valga aclarar en este punto a COLPENSIONES, es atendiendo el incumplimiento del deber de información que le asistía la administradora de fondos de pensiones y no a la posible diferencia existente entre las mesadas que serían otorgadas en uno u otro régimen, lo que torna en ineficaz el tránsito entre regímenes.

Por otro lado, es menester precisar, no tiene incidencia alguna que la actora no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen. Al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de Protección, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora*,* del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y gastos de administración, como también la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Por otro lado y para resolver las inconformidades expuestas en la alzada por COLPENSIONES, conviene precisar, en autos no tiene relevancia la financiación del sistema o que la convocante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Advirtiéndose a Colpensiones en cuanto al principio de la sostenibilidad financiera la Máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no lesionan "*el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas*." (Sentencia SL2877, rad. 78667 del 29 de julio del 2020).

Por otro lado, en relación con los argumentos de apelación de PROTECCIÓN S.A., relacionados con la devolución de los gastos de administración, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos conceptos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

> *"Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.*
>
> *[…]*
>
> *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 ésta 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.***
>
> *Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada."*

Igualmente, en la sentencia SL1421-2019, Radicación N° 56174 del 10 de abril de 2019, se expuso:

> *"Conforme a lo establecido en sede de casación, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, (...) que el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.* ***deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración*** *al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 (...)".*

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES[6] *(Archivo 7 expediente digital, páginas 28 y 29),*entidad a favor de quien se surte la consulta*,* basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Es de anotar en este punto para resolver las inconformidades de PROTECCIÓN, dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración y demás restituciones, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción.

[6] Se tuvo por contestada la demanda en auto del 21 de septiembre del 2021 (*Archivo 11 expediente digital*).

Sobre esto último, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2611, Radicación N° 67972 del 1° de julio de 2020, señaló que las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones, hace inoperante dicho fenómeno extintivo frente a los mismos. Puntualmente dijo esa Corporación:

> *"…recientemente, en la sentencia CSJ SL1421-2019, tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto, sosteniéndose que en materia del derecho del trabajo y la seguridad social, las disposiciones que gobiernan la extinción de la acción son los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, que consagran un periodo trienal para que opere ese fenómeno; sin embargo, se adujo que tal normativa no resulta aplicable a los casos de ineficacia del traslado, por cuanto se trata de una pretensión de carácter declarativa, que es precisamente lo que sucede en el sub examine, en la aludida providencia se dijo:*
>
> > *Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que* ***las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo,*** *en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.*
> >
> > *De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el trascurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.*
>
> *Conforme a lo discurrido, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, (…)"* (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

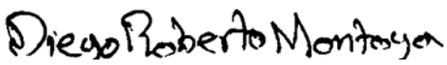
En mérito de los expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

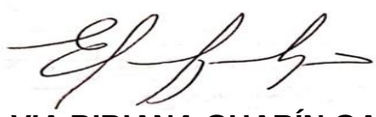
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

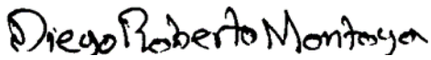
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR INÉS GARCIA FERRO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y PORVENIR S.A (RAD. 34 2020 00139 01)

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de mayo dos mil veintidós (2022)

AUTO

Reconocer personería adjetiva al abogado JHEISSON SANTIAGO GARZON PIAMONTE, como apoderado sustituto de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA, en su calidad de representante legal de la sociedad CAL & NAF ABOGADOS S.A.S, apoderada principal (fl. 80).



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante, PORVENIR S.A, y COLPENSIONES (fls.57 a 79), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos las demandadas PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por la juez 34 Laboral del Circuito de Bogotá DC, el pasado 19 de abril de 2022 *(Audiencia virtual Art. 80 C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 1:42:28, archivo "12. Grabación audiencia 19 de abril (fl.447).mp4", expediente digital),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado realizado por la demandante INES GARCIA FERRO, el 12 de junio de 1995, efectiva el 1 de julio de 1995, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado a través de su afiliación a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR 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 INES GARCIA FERRO, como son las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado, sin lugar a descontar los valores por concepto de gastos de administración.*
>
> ***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 (inaudible), la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A, con motivo de la afiliación de la demandante INES GARCIA FERRO, como son las 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 la demandada sociedad AFP PORVENIR S.A., liquídense por secretaría incluyendo la suma de 1 SMLMV por concepto de agencias en derecho.*
>
> ***SEXTO: CONCEDER** el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, de conformidad con lo señalado en el inciso 3 del artículo 69 del Código Procesal del trabajo y la seguridad social."*

Inconforme con la decisión los apoderados judiciales de COLPENSIONES y PORVENIR S.A, respectivamente, la apelaron.

En primer lugar, el apoderado de COLPENSIONES, solicitó se revoque la sentencia y en su lugar se absuelva a su representada. En sustento de ello, indicó, el artículo 167 del Código General del Proceso establece que incumbe a las partes probar los supuestos de hechos en que se sustentan su pretensiones, como lo ha explicado el tribunal en varios pronunciamientos.

En ese orden, le compete a la aquí demandante demostrar cuales fueron los vicios del consentimiento alegado, sin que baste la simple manifestación en ese sentido. A su juicio resulta desproporcionado imponer la carga de la prueba en este sentido a las AFP y en el caso en particular en COLPENSIONES, es la más afectada en lo ateniente al sistema pensional, a su sostenibilidad máxime cuando la afiliación se dio en el año 1995, es decir, han transcurrido 23 años desde entonces, lo que torna imposible demostrar las circunstancias que rodearon su traslado; además, para entonces no era obligatorio dejar un registro documental. Recabó en que de conformidad con lo dispuesto en el articulo 1516 del Código Civil y 167 del Código

General del Proceso, le correspondía a la demandante probar que fue engañada por los asesores del fondo privado en el cual ha estado afiliada, lo que brilla por su ausencia en el presente caso. Por último, advierte en caso de condenarse en costas y agencias en derecho de segunda instancia, se presentaría un detrimento patrimonial al fondo.[1] *(Audiencia virtual Art. 80 C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 1:44:34, archivo "12. Grabación audiencia 19 de abril (fl.447).mp4", expediente digital)*

A su turno, la apoderada de PORVENIR S.A. señaló que su representada suministró una información clara y suficiente sobre los efectos que acarreaba un cambio de régimen pensional, por lo que a su juicio, el despacho no valoró el consentimiento informado para su libre escogencia, que se materializó con la suscripción del formulario de afiliación, documento que no fue tachado de falso y en el que consta que la actora se trasladaba de forma libre, espontánea y sin presiones.

---

[1] *"**Apoderado COLPENSIONES (1:44:34):** Muchas gracias señora juez, encontrándome dentro de la oportunidad pertinente, procedo a presentar recurso de apelación sobre el fallo proferido el día de hoy.*
En cuanto a las consideraciones expuestas por la señora juez sobre la carga de la prueba, tenemos que el artículo 167 código general de proceso, reza al siguiente tenor "Artículo 167: La carga de la prueba incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen." En ese sentido, el honorable tribunal en varios pronunciamientos ha puesto de presente este artículo, como en las sentencias con ponencia del magistrado Carlos Andres Vargas el pasado 10 de octubre de 2017, proceso 19 2015 0915 frente a la carga de la prueba en este tipo de procesos. Manifestó:
"Los vicios de error, fuerza y dolo deben ser demostrados por las partes que los alega, y de manera alguna puede trasladarse la carga a la entidad de quien no actuó con dolo, de lo anterior de conformidad con el artículo 167 del código general del proceso, las partes tiene la obligación de probar los supuestos fácticos que fueron de sus alegaciones, según el extremo que ocupan.
En el mismo sentido la sentencia con radicado 07 2015 0822 01, con fecha del 25 de octubre de 2017, del Tribunal superior de Bogotá con ponencia del magistrado Manuel Serrano Baquero, en la que manifestó, sobre los vicios del consentimiento que ella presentó al suscribir el traslado de régimen, por error inducido, fuerza o por dolo, estima la sala que no se aportaron las pruebas pertinentes, y suficiente por quien tenía la carga procesal. La parte demandante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 167 del código general del proceso, se debe recordar además frente a los argumentos expuestos en esta audiencia, que las consecuencias del traslado de régimen las define la ley claramente, y por ello cualquier duda interpretativa de las normas, constituía un error de derecho, que no tenía alcance para viciar el consentimiento según lo dispone el artículo 1509 del código civil". Conforme a la jurisprudencia ya citada, le compete aquí al demandante demostrar cuales fueron los vicios del consentimiento alegado, no bastando para ello la simple manifestación. Cabe advertir que resulta desproporcional colocar la carga de la prueba con las AFP en el caso en particular en COLPENSIONES, que en los casos que se ha declarado la nulidad es la más afectada en lo ateniente al sistema pensional, a su sostenibilidad máxime cuando la afiliación se dio en el año 95, queriendo decir que han transcurrido 23 años a la fecha, configurándose imposible probar las circunstancias que rodearon la suscripción del traslado, fecha para la cual no era obligatorio dejar un registro documental de la misma, por lo cual es completamente aplicable para estos casos el principio que reza, nadie está obligado a lo imposible, luego entonces al haber efectuado la actora su pretensión en hechos de haber sido engañada por los asesores de la AFP, del fondo privado en los cuales ha estado afiliada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1516 del código civil, y 167 del código General del proceso le correspondía la carga de probar dicha afirmación, lo que brilla por su ausencia en el presente caso.
De la misma, razón si se llegare a condenar en costas y agencias en derecho en segunda instancia, se procedería a presentar un detrimento patrimonial al fondo, por lo anterior, le solicito a los honorables magistrados de la sala laboral de Bogotá se revoque la sentencia y se absuelva a mi representada de cada uno de los numerales. Gracias. "

Adicionalmente, no se puede desconocer que PORVENIR S.A siempre le garantizó el derecho de retracto, conducta que se probó con la publicación que realizó en el diario EL TIEMPO, el 14 de enero de 2004, como dispuso inicialmente el artículo 3 del decreto 1161 del año 1994, sin que la actora ejerciera dicha facultad lo cual no se valoró como la negligencia de su parte.

Además, con la declaratoria de la ineficacia del traslado se desconoce el principio de la autonomía de la voluntad privada con la que contaba la demandante, definido en jurisprudencia constitucional en sentencia C341 del año 2006, como el poder de las personas, para decidir con efecto vinculante derechos de los que son titulares, siempre que se respete el orden público y las buenas costumbres.

Frente a la devolución de los gastos de administración, refirió, están desinados a cubrir las contingencias de invalidez y sobrevivencia, no forman parte de la pensión de vejez y por ello están sujetos al fenómeno de la prescripción. Al ordenar el traslado de los gastos de administración a COLPENSIONES, se está generando un enriquecimiento sin causa a favor de esa demandada, ya que no existe norma que disponga tal devolución, por el contrario, el artículo 113 literal b de la ley 100 de 1993, enlista cuales son los dineros que deben ser traslados cuando hay un cambio de régimen pensional, mas no los gastos de administración que no están destinados a financiar la prestación pensional de la afiliada y en consecuencia, pertenecen al fondo privado como contraprestación de la gestión que adelantó para incrementar el capital existente en la cuenta individual; así lo tiene decantado la sala civil de la Corte Suprema de Justicia, en tratándose de unas restituciones mutuas, uno de los efectos jurídicos previstos en el artículo 1746 del código civil, respecto a la nulidad de un acto jurídico, toda vez que la parte que recibió frutos en una relación contractual declarada nula, estará en la obligación de restituirlos, como quiera que de lo contrario se estaría generando un enriquecimiento sin causa. [2]

[2] *"**Apoderado PORVENIR (1:47:28):** Gracias su señoría, su señoría de manera muy respetuosa presento recurso de apelación en contra de la decisión emitida por el despacho, teniendo en cuenta los siguientes aspectos a valorar.*
En primer lugar, para declarar la ineficacia por parte de la falladora de primera instancia acontecieron respecto pues al deber de información como una obligación de haber sido probada por parte de mi representada de haber suministrado una información clara, suficiente sobre los efectos que acarreaba pues un cabio de régimen pensional por lo anterior, pues el despacho no valoró que el consentimiento informado para su libre escogencia se materializó con la suscripción de solicitud de afiliación, o formulario de afiliación, documento público que no fue tachado de falso, el cual expresaba que la actora hacía constar que realizaba de forma libre, espontánea y sin presiones la sugerencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorada sobre los aspectos de este, entre otros conceptos, conforme pues lo exigía el artículo 114 de la ley 100 del 93, es decir, señores magistrados que no se trata de una simple manifestación vacía, incluida en un formato de afiliación, sino precisamente un requerimiento legal señalado sobre la firma de la parte demandante, quien se presume como una persona capaz para obligarse.
Adicionalmente, no se puede desconocer que PORVENIR S.A siempre le garantizo el derecho de retracto, conducta que se probó con la publicación que realizó en el diario EL TIEMPO, el día de 14 de enero de 2004, como dispuso inicialmente el artículo 3 del decreto 1161 del año 94, sin que pues la actora ejerciera dicha facultad lo cual no se valoró como la negligencia de su parte, debería valorarse como tal.
Además, con la declaratoria de la ineficacia del traslado de regímenes pensionales se desconoce el principio de la autonomía de la voluntad privada con la que contaba la demandante, definido en

(Audiencia virtual Art. 80 C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 1:47:28, archivo "12. Grabación audiencia 19 de abril (fl.447).mp4", expediente digital)

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda *(páginas 53 y 54, archivo "01. 11001310503420200013900.pdf", expediente digital),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo *(páginas 49 a 53, ibídem),* aspirando se declare la nulidad e ineficacia de la continuidad en la vinculación al RAIS con PORVENIR S.A; se declare que dicha AFP no asesoró conforme a la ley a la demandante; se declare válida la voluntad de la demandante de estará afiliada a COLPENSIONES; en consecuencia, se ordene a PORVENIR a trasladar los dineros obrantes en la cuenta individual con sus respectivos rendimientos, cuotas de administración y demás descuentos realizados, se ordene a COLPENSIONES recibir el traslado de régimen, los dineros trasladados por el fondo privado; se ordene a PORVENIR a tramitar el traslado de régimen de forma inmediata; se condene a lo ultra y extra petita. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se

---

jurisprudencia constitucional en sentencia C341 del año 2006, esta como el poder de las personas, reconocido en el ordenamiento positivo para decidir con efecto vinculante los interés y derechos de los que son titulares y crear unos derechos y unas obligaciones, siempre que se respete el orden público y las buenas costumbres.

Sin perjuicio de lo anterior, tampoco procede la condena por la devolución por los gastos de administración, pues según lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 20 de la ley 100 del 93 también el régimen de prima media destina un 3% de su cotizacion a financiar unos gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivencia, dichos gastos de administración, por lo tanto, no forman parte de la pensión de vejez y por ello están sujetos al fenómeno de la prescripción. De igual manera, merece atención el hecho que al ordenar ese traslado de gastos de administración a COLPENSIONES, se está generando un enriquecimiento sin causa a favor de esta demandada, ya que no existe norma que disponga tal devolución, de forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, el artículo 113 literal b de la ley 100 del 93, menciona cuales son los dineros que deben ser traslados cuando hay un cambio de régimen pensional, esto es el saldo de la cuenta individual, incluidos pues los rendimientos, lo que pues se evidencia que no están destinados estos gastos de administración a financiar la prestación de la afiliada, y por ende, no pertenece a ella sino al fondo privado como contraprestación de la gestión que adelanto para incrementar el capital existente en la cuenta individual de la afiliada, y en consecuencia, no procede esta pretensión de ordenar a condenarse, igualmente la parte demandante a restituir los frutos financieros que le fueron condenados en la cuenta de ahorro individual, ya que así lo tiene decantado la sala civil del honorable Corte Suprema de Justicia, en tratándose de unas restituciones mutuas, uno de los efectos jurídicos previstos en el artículo 1746 del código civil, en cuanto a la nulidad de un acto jurídico, en cuanto que la parte que recibió frutos en una relación contractual declarada nula, pues estará en el obligación de restituirlos, pues de lo contrario se estaría generando un enriquecimiento sin causa.

Por lo anterior, de manera muy respetuosa solicito a los honorable magistrados del Tribunal Superior de Bogotá sala laboral, revocar en su integridad la sentencia proferida por el despacho, muchas gracias. "

declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora a PORVENIR S.A, el 12 de junio de 1995, efectivo el 1° de julio de 1995; se condenó a PORVENIR S.A a reintegrar todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, 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; se condenó a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre la AFP con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[3].

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 12 de agosto de 1961 *(página 4),* por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante PORVENIR el 3 de diciembre de 2019 y ante COLPENSIONES a través de formulario de afiliación el 12 de diciembre de 2019 *(páginas 5, 7 y 8)* esto es, cuando ya contaba con la edad requerida para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -30 de junio de 1995[4] -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 150,43 semanas entre las cotizadas al sistema y tiempos de servicio público que corresponden a 2,88 años *(página 64, archivo "05.*

[3] *En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".*

[4] Al ser empleada de la Fiscalía General de La Nación*".*

Contestación Colpensiones pdf", expediente digital), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Conforme lo anterior, y previo a continuar con el estudio correspondiente, teniendo en cuenta la historia laboral expedida por PORVENIR S.A [5], se tiene que la demandante laboraba para la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – SECCIONAL CALI, se tiene que la demandante laboraba para dicha entidad por lo menos para el 10 de marzo de 2021, situación que se corrobora con la Historia Laboral expedida por PORVENIR y por ende ostenta la calidad de empleada pública, es menester precisar, en atención a que lo pretendido en autos es la nulidad y/o ineficacia de un acto jurídico, como es el traslado de Régimen pensional al RAIS mediante la afiliación a una AFP de carácter privado, esta jurisdicción es competente para resolver la controversia, no ocurre lo mismo frente a la reclamación de reconocimiento del derecho pensional, la cual, en los términos del numeral 4° del artículo 104 del C.P.A.C.A. deberá ser reclamada ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en el evento que prosperara en este proceso la solicitud de ineficacia anhelada.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **12 de junio de 1995** con fecha de efectividad a partir del **01 de julio de 1995** *(página 70 y 71, archivo "06. Contestación PORVENIR (fls. 70 y 71).pdf", expediente digital),* por afiliación que hiciera a PORVENIR, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP expedida por ASOFONDOS y el formulario suscrito con esa AFP.

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada y que ésta fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal información debe ser objetivamente verificable, en el entendido de que aquél debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión *"libre y voluntaria*"

[5]*Historia Laboral expedida por PORVENIR S.A (páginas 25 a 34, archivo "01. 11001310503420200013900 (fls. 1 a 51).pdf", expediente digital) y (Páginas 83 a 131, archivo "06. Contestación PORVENIR (fls. 169 a 314).pdf2, expediente digital)*

contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura.

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

> *"Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.*
> *Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute**, es eficaz**, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima. Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*
>
> *El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias."*

En tal sentido, *"es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez"* (SL1688 de 2019).

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc[6], en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

> *"(…)*
>
> *De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:*
>
> *Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en*

[6] *Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020*

> *que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).*
>
> *En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*
>
> ***Entonces, según la norma precedente, 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."*

Frente a este respecto además, esa alta Corporación en sentencia SL-1948 de 2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (*vuelta al status quo ante*, art. 1746 CC). Así, discurrió

> *"**1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen***
>
> *Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.*
>
> *Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (…) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».*
>
> *De ahí que le corresponda a la Sala precisar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto.*
>
> *Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC).*
>
> *[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica*

prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral […] la afiliación respectiva quedará sin efecto».

Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019)".

En ese orden, no se trata de analizar la presencia de vicios que conlleven a la nulidad del negocio jurídico, sino de establecer el cumplimiento del deber de información como condición de eficacia del traslado de régimen pensional, razón por la cual, no se requiere la acreditación en este juicio de la presencia de vicios que invaliden el consentimiento.

Ahora bien, sobre esta temática igualmente, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado,* por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la actora al fondo accionado PORVENIR.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011[7], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más recientemente en

---

[7] *"Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.*

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la "ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA", en donde se señala una mesada pensional de $900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el "RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL", es de $1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

"Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

"En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

"Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

"Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

"El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.
"(…).
"Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

"Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

"Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

"La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

"La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

"Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

"Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

> *"(…)* ***Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.***
>
> *(…)*
>
> *Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*
>
> *(…).*
>
> *Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, 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*

"Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

"En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña".

"Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales".

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta 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.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

> *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.*
>
> ***Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego.*** *A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (…)"*

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información en los términos aquí referidos, pues en manera alguna se evidencia en el plenario que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante[8] no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues indicó que hace más de 30 años trabaja con la Fiscalía General de la Nación, el día en que realizó la suscripción del formulario de afiliación le hicieron una "charla" en los pasillos de la entidad, de un tiempo entre 10 a 15 minutos, donde le informaron que el ISS se iba a acabar, advierte, el formulario no lo llenó, incluso quedaron mal algunos datos del mismo, le señalaron que dicha AFP iba a brindarle más estabilidad.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A. *(Página 21, archivo "01. 11001310503420200013900.pdf", expediente digital),* este no constituyen en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

Respecto al comunicado de prensa *(páginas 72 a 74, archivo "06. Contestación PORVENIR (fls. 169 a 314).pdf", expediente digital),* es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido

[8] Audiencia virtual 19 de abril de 2022, récord 26:23

a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora –PORVENIR-, no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración a la demandante al momento de trasladarse, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se deja constancia expresa en el sentido de su decisión de vincularse a esa AFP de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.

Aquí también debe resaltar esta Sala, frente a la vigencia del deber de información, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que el este subsiste desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y, por ende, se estableció en cabeza de los fondos privados el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que puedan tomar decisiones informadas.

Así por ejemplo, en sentencia SL1688-2019 reiterada en la SL-3708-2021 y SL-3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

> ***"1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***
>
> ***1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.***
>
> *El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).*
>
> *De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser*

objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

…

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Además, ilustró las diferentes etapas del deber de información, así:

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 1.° 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 3.°, 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 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Como se ve, ya para el año 1995, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR omitió en el momento del traslado de régimen **(12 de junio de 1995, efectivo el 01 de julio de 1995),** el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar, no tiene incidencia alguna que la actora no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen. Al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora, de todos los costos cobrados y la activación de

su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto, aclarando en este punto, aunque COLPENSIONES no intervino de manera directa en el acto jurídico de traslado, no puede perderse de vista que en la actualidad dentro de la estructura del sistema de pensiones es la única entidad administradora del régimen de prima media con prestación definida, siendo de contera la llamada a recibir nuevamente a la demandante como su afiliada.

Conviene anotar igualmente, en autos no tiene relevancia lo atinente a la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues es suficiente indicar en este punto, no se está avalando el tránsito de un régimen a otro sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva a retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Asimismo, advierte la Sala con relación con los argumentos de apelación de PORVENIR S.A, relacionados a los gastos de administración, el porcentaje dirigido a financiar las prestaciones por invalidez y sobrevivencia, garantía de pensión mínima y fondo de solidaridad, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración y los demás conceptos en aras de completar nuevamente el aporte.

Así, en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, se dijo:

> *"Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.*

> *[…]*
> *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 ésta 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.***
>
> *Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada."*

Igualmente, en la sentencia SL1421-2019, Radicación N° 56174 del 10 de abril de 2019, se expuso:

> *"Conforme a lo establecido* ***en sede de casación, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia*** *de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, que la actora jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de igual forma, que el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 (…)".*

Frente a esta temática, debe anotarse igualmente el deber de devolver estos dineros incumbe a todas las administradoras del régimen de ahorro individual en la que estuvo afiliada la demandante, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial. Así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

> *"(…)*
>
> *De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional* ***deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor,*** *sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil.* ***En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones."***

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES [9]*(Páginas 54 a 56, Archivo "05. Constestación Colpensiones fl. 168.pdf", expediente*

[9] Se tuvo por contestada la demanda en auto del 4 de febrero de 2022, archivo "07. 2020 139 TIENE POR CONTESTADA - FIJA FECHA (fls. 315 a 317).pdf", expediente digital.

digital) entidad a favor de quien se surte la consulta, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática. Es de anotar en este punto, dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración y demás restituciones, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción.

Sobre esto último, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2611, Radicación N° 67972 del 1° de julio de 2020, señaló que las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones, hace inoperante dicho fenómeno extintivo frente a los mismos. Puntualmente dijo esa Corporación:

> *"…recientemente, en la sentencia CSJ SL1421-2019, tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto, sosteniéndose que en materia del derecho del trabajo y la seguridad social, las disposiciones que gobiernan la extinción de la acción son los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, que consagran un periodo trienal para que opere ese fenómeno; sin embargo, se adujo que tal normativa no resulta aplicable a los casos de ineficacia del traslado, por cuanto se trata de una pretensión de carácter declarativa, que es precisamente lo que sucede en el sub examine, en la aludida providencia se dijo:*
>
> > *Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que* ***las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo,*** *en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.*
> >
> > *De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el trascurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.*
>
> *Conforme a lo discurrido, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo*

retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, (…)" (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado en lo demás.

SIN COSTAS en esta instancia.

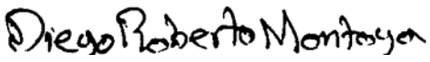
En mérito de los expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR GERMAN MOLINA RIVERA CONTRA LA CASA DEL CARPINTERO LTDA. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES (RAD. 35 2020 00238 01)

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte de LA CASA DEL CARPINTERO LTDA (fls. 4 y 5) y COLPENSIONES (folios 7 a 9), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente:

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por los apoderados de La Casa del Carpintero Ltda. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta última, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 13 de diciembre de 2021 (archivo 46- AUDIECIA 2020-238-Grabación de la reunión), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: SE DECLARA** la existencia de un contrato de trabajo entre GERMÁN MOLINA RIVERA y LA CASA DEL CARPINTERO S.A.S del 14 de julio del 94 al 31 de julio del 97 y del 01 de enero de 1998 al 3 de diciembre de 2003.*
> ***SEGUNDO: SE CONDENA** a LA CASA DEL CARPINTERO S.A.S a efectuar pago de aportes pensionales comprendidos entre el 14 de julio de 94 al 31 de julio de 97 y del 01 de enero del 98 al 3 de diciembre de 2003 a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.*
> ***TERCERO: SE ORDENA** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a efectuar cálculo actuarial 14 de julio de 94 al 31 de julio de 97 y del 01 de enero del 98 al al 3 de diciembre de 2003 tomando como ingreso base de liquidación el salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad.*

> ***CUARTO: SE ORDENA** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES incluir las semanas comprendidas entre 14 de julio de 94 al 31 de julio de 97 y del 01 de enero del 98 al 3 de diciembre de 2003 en la historia laboral del demandante, una vez se efectúe el pago del cálculo actuarial.*
> ***QUINTO: SE CONDENA** en costas a la parte demandada LA CASA DEL CARPINTERO S.A.S., por tanto, se fija como agencias en derecho la suma de $500.000. **SIN COSTAS** a COLPENSIONES.*
> *Adicionalmente se aclara que COLPENSIONES deberá verificar que en estos periodos que hemos condenado no existan pagos dobles, ósea doble aporte por seguridad social para la aquí demandante".*

Inconforme con la decisión, la apoderada de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primer grado, argumentando que mediante las resoluciones SUB 79399 de 23 de marzo de 2018, SUB 129473 de 16 de mayo de 2018, DIR 9756 de 21 de mayo de 2018 y SUB 316216 de noviembre de 2019 se negó el reconocimiento de una pensión de vejez teniendo en cuenta que los periodos reclamados no estaban certificados y el empleador no entregó copia legible de los elementos probatorios de la relación laboral.

Agregó, La Casa del Carpintero solo se constituyó en el año 1997 por tanto los periodos del 14 de julio de 1994 al 31 de julio de 1997 no pueden ser certificados por el mismo empleador y para periodos posteriores ya había novedad de retiro. Para el periodo comprendido entre 1998 y 2003 no hay afiliación a COLPENSIONES por lo que esos ciclos no pueden contabilizarse en la historia laboral.

Enfatizó, existe diferencia entre la falta de afiliación del empleador y la falta de pago de periodos que se encuentran en mora, pues COLPENSIONES no puede hacerse responsable por las omisiones del empleador y si el empleador omitió afiliar a su trabajador, le corresponde asumir el valor de la prestación pensional.[1]

---

[1] ***Apoderada COLPENSIONES (25:32):** Si señor juez, muy respetuosamente interpongo recurso de apelación frente a la sentencia aquí emitida el día de hoy, a efecto que los Honorables magistrados de la sala laboral, del Tribunal Superior de Distrito Judicial se sirvan revocar en su totalidad la sentencia y en su lugar se absuelva a mi representada de reconocer la historia laboral los periodos comprendidos entre el 14 de julio de 1994 al 31 de julio de 1997 y el 1 de enero de 1998 al 31 de diciembre de 2003, teniendo en cuenta lo siguientes argumentos.*
Y es que debe tenerse en cuenta como lo demostró el estudio pensional bajo las diferentes resolución, esto es la SUB 79399 del 23 de marzo de 2018, la SUB 129473 del 16 de mayo del 2018, la resolución DIR 9756 del 21 de mayo de 2018, la misma SUB 316216 del 16 de noviembre de 2019, se negó el reconocimiento, principalmente el reconocimiento y pago de una pensión de vejez, teniendo en cuenta que los periodos ya mencionados no estaban certificados y que así mismo no se observaba que para esos periodos el empleador denominada LA CASA DEL CARPITERO en su momento no entregó copia legible de los elementos probatorios de la relación laboral.

A su turno, la apoderada de LA CASA DEL CARPINTERO LTDA, interpuso recurso de apelación contra la decisión de primer grado, argumentando que no existió relación laboral entre el 14 y el 31 de julio de 1997, lo que se demuestra con el certificado de Cámara de Comercio donde consta que la sociedad se constituyó el 20 de febrero de 1997 y entonces no es posible que antes del 1° de agosto de esa anualidad hubiera adquirido obligaciones. Consideró, si bien el juzgado tuvo en cuenta la versión rendida por el demandante como el testimonio del hermano del actor, lo cierto es que si la sociedad en algún momento expidió una certificación, lo hizo de buena fe para que el demandante pudiera tramitar créditos, pero no existió relación laboral durante ese período.

Dijo que precisamente tomando como referencia la sentencia de casación laboral 36748 del 23 de septiembre de 2019, a la que el juzgado hizo referencia, su representado acreditó que no existió relación laboral en el referido periodo y el contrato se suscribió a término indefinido a partir de agosto de 1997.

Finalmente afirmó, si en alguna oportunidad su representada incurrió en mora, procedió conforme al Decreto 1406 de 1999, reportando las novedades y

---

Aunado a lo anterior, dentro del debate probatorio se evidenció que para dicho periodo la empresa, la sociedad empresa la CASA DEL CARPITERO, no estaba constituida, no fue constituida sino a partir de 1997, por tanto, y esto a partir de agosto del 97, por tanto, los periodos comprendidos del 14 de julio del 94 al 31 de julio de 1997, no puede ser certificados por el mismo empleador.
Aunado a lo anterior, para los posteriores periodos se evidencian novedad de retiro por parte del mismo empleador la CASA DEL CARPITERO LTDA en su momento, y fueron pagos que se cancelaron de manera extemporánea.
Ahora bien, para el periodo comprendido entre 1998 al 2003 se evidencia que no existe afiliación a COLPENSIONES, razón por la cual los ciclos solicitados no se pueden contabilizar dentro de la historia laboral. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que deben hacerse la diferenciación entre la omisión del empleador por afiliación y la omisión en el pago o periodos que se reportan en mora, pues no puede resultar siendo mi representada la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la responsable de omisiones que en caso tal se prueben que fueron omisiones del empleador, que en efecto no hay afiliaciones al sistema. Por tanto, si el empleador omitió realizar la afiliación de un empleador, el sistema general de pensiones en el régimen de prima media requiere para conocimiento efectivo de una pensión de vejez que el afiliado corresponda o asuma de su acción negligente y asumir el valor de dicha prestación, por lo tanto en este momento no puede ser mi representada la que asuma dichos comportamientos, puesto que el fin fundamental o mejor dicho la consecuencia de este reconocimiento de este cálculo, realizar el cálculo actuarial sería un posterior reconocimiento de una pensión de vejez. Por tanto, por lo demás argumento me tomaré el tiempo que dispone el Tribunal Superior a efectos de que se amplíen estos argumentos de apelación, muchas gracias señor juez.

asumiendo los costos de la mora hasta cuando efectuó el pago del aporte pensional.[2]

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante GERMAN MOLINA RIVERA, las pretensiones relacionadas en el libelo introductor (archivo 01- Demanda y Anexos.pdf páginas 4 y 5 expediente digital), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados (páginas 1 a 4 ibídem), solicitando se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 14 de julio

---

[2] ***Apoderada CASA CARPINTERO (29:53):*** *Gracias señor juez, interpongo recurso de apelación en virtud a que está plenamente probado que, durante el extremo, no existió extremo relación laboral. Como estaba mencionando señor juez interpongo recurso de apelación en virtud de lo siguiente:*
Esta plenamente probado que no existió un extremo o relación laboral entre el periodo comprendido del 14 de julio al 31 de julio de 1997, prueba de ello, obra dentro del plenario, obra dentro del plenario el certificado de constitución de cámara de comercio, donde claramente establece que la constitución de la CASA DEL CARPINTERO en principio LTDA se constituyó mediante escritura pública y que este acto se realizó el 20 de febrero de 1997, entonces no es posible que antes del 1 de agosto haya adquirido obligaciones como lo pretende el demandante.
Adicionalmente, si bien en este, toma como fundamento la sentencia, el testimonio rendido por el hermano del demandante y así misma toma como fundamento la versión rendida por el demandante, lo cierto es, que si en algún momento mi representada expidió una certificación, tal y como lo manifestó el señor German en el interrogatorio pues esta se solicitó con el fin de adquirir créditos financieros y si en alguna oportunidad mi representada emitió algún documento al respecto, esto lo hizo de buena fe, y esta plenamente probado que no existe relación laboral durante este periodo.
Tomando como referencia la sentencia, la sentencia de casación, sala laboral 36748 del 23 de septiembre del 2019, la corte, toma precisamente los apartes que usted esta señalando señor juez donde mi representado acreditó válidamente con prueba, soporte, para evidenciar que no existió relación laboral durante este periodo y es justamente los argumentos que acabo de esgrimir, que es la constitución de la empresa en abril de 1997, así como el contrato que suscribió a termino definido y que esto se hizo a partir de agosto de 1997.
Ahora bien, si mi representada en alguna oportunidad incurrió en moratoria, lo cierto es que procedió en los términos que establece el Decreto 1406 del 99, reportando las novedades y que cuando se reportan las novedades de manera extemporánea asumió los costos de moratoria o asumió el pago de las cotizaciones hasta que realizó dicho reporte.
En estos términos sustento el recurso de apelación señor juez.

de 1994 y hasta la fecha de la presentación de la demanda; se declare que la demandada Casa del Carpintero Ltda. no lo afilió al sistema de seguridad social del 14 de julio de 1994 al 31 de julio de 1997 y del 1° de enero de 1998 al 31 de diciembre de 2003 y su salario siempre correspondió al mínimo legal mensual vigente. Se condene al empleador a pagar los aportes a pensión correspondientes a los citados periodos; a COLPENSIONES a efectuar el correspondiente cálculo actuarial y a la sociedad empleadora a pagar el valor del cálculo que efectúe COLPENSIONES, lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Obtuvo sentencia favorable a sus aspiraciones por cuanto se declaró que entre el demandante y LA CASA DEL CARPINTERO S.A.S. existió un contrato de trabajo del 14 de julio de 1994 al 31 de julio de 1997 y del 1° de enero de 1998 al 3 de diciembre de 2003, se condenó a esa sociedad a pagar los aportes a pensión correspondientes a dichos períodos; se condenó a COLPENSIONES a efectuar el cálculo actuarial correspondiente teniendo base salarial el mínimo legal mensual vigente para cada anualidad y una vez la sociedad empleadora efectúe su pago, incluir esos aportes en la historia laboral del demandante. Lo anterior, tras encontrar acreditada la prestación personal del servicio por parte del demandante para dicho período, como a su juicio se desprende de las certificaciones laborales aportadas al expediente y encontrar acreditado el no pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones en dichos períodos

Así pues, de acuerdo con los antecedentes procesales relacionados, la Sala comenzará por determinar si entre las partes existió una relación laboral del 14 de julio de 1994 al 31 de julio de 1997 y del 1° de enero de 1998 al 3 de diciembre de 2003, para lo cual es importante mencionar, en los juicios del trabajo es primordial para el operador judicial establecer si existe o no contrato de trabajo, que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales y, acreditados los extremos temporales de la relación y el salario devengado, resultaría factible efectuar las liquidaciones a que hubiere lugar.

En autos, resulta ser justamente el distanciamiento principal entre las partes, la existencia o no de un contrato de trabajo entre el 14 de julio de 1994 y el 31 de julio de 1997 y entre el 1° de enero de 1998 y el 3 de diciembre de 2003, en tanto

su declaración judicial constituye el fundamento de las pretensiones que persigue el demandante.

Al tema, es menester señalar, a la parte actora le basta acreditar la prestación personal del servicio durante los referidos períodos, lo que activaría a su favor la ventaja probatoria consagrada en el artículo 24 del C. S. del T., por la cual se podría presumir la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, correspondiendo por tanto a la llamada a juico desvirtuar su existencia. Al respecto, pueden consultarse las sentencias de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL3847 de 2021 y SL-3695 de 2021[3].

En el caso de marras, la parte demandada negó que el actor hubiera prestados sus servicios a favor de la sociedad entre el 14 de julio de 1994 y el 31 de julio de 1997, porque para entonces, la sociedad no había sido constituida, señalando además, entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 1° de agosto de 1997 y el 31 de octubre de la misma anualidad, que terminó por justa causa imputable al trabajador; enfáticamente afirmó que entre el 1° de noviembre de 1997 y el 13 de enero de 2008 no existió ninguna relación laboral entre las partes, pero posteriormente, el 14 de enero de 2008, celebraron otro contrato, esta vez a término fijo, que se extendió hasta el 23 de diciembre de 2008 y durante los años 2009 a 2020, estuvieron vinculados por diferentes contratos de trabajo a término fijo, que las partes han terminado de común acuerdo, habiendo comenzado el último de ellos el 14 de enero de 2020 y que se encontraba vigente a la fecha de presentación del escrito de contestación de la demanda. Añadió que la asignación salarial del convocante, siempre correspondió al salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad.

---

[3] *"Así las cosas, la inferencia del ad quem, no resulta irrazonable, pues como lo ha enseñado la jurisprudencia de la Corte, para poder aplicar esta figura, es posible deducirlo tanto de lo informado por el demandado al contestar la demanda, o al absolver un interrogatorio, como de los documentos aportados, que formalmente muestran un contrato de otra naturaleza, pues con ello se acredita objetivamente la prestación personal del servicio sin ningún otro aditamento, que inmediatamente activa la presunción de existencia del vínculo laboral, trasladándose la carga probatoria al convocado, para ir más allá de lo que señalan esos documentos, o su propio dicho, en aras de demostrar, que el nexo contractual fue de tipo independiente y autónomo"*

(...)

A juicio de la Sala, la anterior interpretación del artículo 24 que hizo el ad quem, no ofrece reparo alguno, pues esa es la intelección genuina que se desprende del texto legal, cuya finalidad no es otra que aliviar la carga probatoria que normalmente pesaría sobre el trabajador de demostrar los elementos que configuran el contrato de trabajo, esto como medida protectora de la parte débil en la relación laboral."

Como medios de prueba, la parte demandante aportó certificación laboral de 24 de junio de 1999, en la que se hace constar que para esa fecha el demandante llevaba más de cinco años laborando como carpintero *(archivo 01- Demanda y Anexos.pdf. fl. 52, expediente digital)*



LA CASA DEL CARPINTERO

NIT: 830029542-8

A QUIEN INTERESE

Me permito certificar que GERMAN MOLINA identificada con la cédula de ciudadania número 5.945.189 a laborado por más de cinco años en la empresa desempeñando el cargo de Carpintero siendo una persona honrada, honorable y responsable de sus labores encomendadas, digna de toda confianza.

Se expide a solicitud de la interesado, en Santafé de Bogotá a los veinticuatro (24) días del mes de Junio de mil novecientos noventa y nueve (1.999) .

Atentamente

RAFAEL PARDO

CARRERA 16 No.13-37/13-47 TELEFONO 2 817300-2 816477
SANTAFE DE BOGOTA D.C.

En igual sentido, allegó la certificación de 15 de julio de 2011, en la que se hizo constar que presta sus servicios desde el 14 de julio de 1994 *(archivo 01- Demanda y Anexos.pdf. fl. 53, expediente digital)*



LA CASA DEL
CARPINTERO
NIT. 830.029.542-8

CERTIFICAMOS:

Que el señor **GERMAN MOLINA RIVERA**, identificado con Cédula de Ciudadanía No. 5.945.189 expedida en Líbano – Tol., labora actualmente en la empresa desde el 14 de Julio de 1.994; prestando sus servicios como **CARPINTERO**, devengando un salario mensual de Setecientos Cuarenta Mil Pesos M/cte. **($ 740.000)**, con contrato a Termino Fijo a un (1) renovable.

Esta se expide a solicitud del interesado a los quince (15) días del mes de Julio de 2011.

Atentamente,

RAFAEL PARDO
Gerente

Cra. 16 N° 13 – 37- 47. Tel. 281 7500 – 281 6177
Bogotá – Colombia

Se recaudó el interrogatorio de Edward Estiven Pardo Pérez representante legal de la sociedad demandada *(archivo 45- AUDIENCIA 2020-238 11_00AM-20211109, expediente digital record 49:50)*. Afirmó, La Casa del Carpintero funciona desde abril de 1997 cuando fue registrada en la Cámara de Comercio, es un negocio familiar, el anterior gerente, Rafael Pardo es su tío. Actualmente los accionistas de la empresa son el declarante, Osman Pardo y Rafael Pardo. Conoce al demandante desde el año 2008 cuando empezó a trabajar para él. Dijo que como es muy joven no tiene conocimiento de ningún pormenor de la relación del demandante y la empresa familiar antes de 2008, no tiene conocimiento que el señor Germán Molina hubiera trabajado en la Casa del Carpintero en el año 1997, para la fecha de la audiencia, el salario del trabajador era de un salario mínimo legal mensual vigente.

Absolvió interrogatorio el demandante GERMAN MOLINA RIVERA *(archivo 45-AUDIENCIA 2020-238 11_00AM-20211109, expediente digital record 38:42)* Refirió, trabaja al servicio de La Casa del Carpintero desde el 14 de julio de 1994, para esa época el dueño de la empresa era Rafael Pardo, no tiene conocimiento que se hubiera cambiado de dueño, dijo que Edward Stiven Pardo es el hijo de Osman Pardo "uno de los patrones". Explicó en el año 1994 empezó a trabajar con ellos pero sin firmar contrato, los contratos los empezaron a firmar a partir del año 1997, en varias oportunidades solicitó cartas de recomendación para varios trámites que necesitó hacer.

Rindió testimonio JORGE MOLINA RIVERA, hermano del demandante, Relató el señor Germán Molina está vinculado a La Casa del Carpintero desde el año 1994, la empresa para esa época no estaba legalmente constituida pero el demandante si prestaba sus servicios desde ese año para los dueños que eran Angel Rafael Pardo y Osman Pardo, ellos siguen siendo sus propietarios. Le consta todo ello porque también trabajó en la sociedad demandada en el año 2001. No sabe si la empresa le paga los aportes a seguridad social al demandante.

Obra también Certificado de Existencia y Representación Legal de la sociedad La Casa del Carpintero S.A.S. (antes Ltda.), donde consta que fue constituida el 20 de febrero de 1997, mediante escritura pública No. 852 de la Notaría 19 del Círculo de Bogotá (*archivo 22- CAMARA DE COMERCIO DE LA CASA DEL CARPINTERO LTDA.pdf, expediente digital)*

A partir de los insumos probatorios relacionados, contrario a lo analizado por el a quo, para esta esta Sala no se puede colegir que el demandante hubiera prestado sus servicios personales a favor de LA CASA DEL CARPINTERO LTDA. (hoy S.A.S.), entre el 14 de julio de 1994 y el 31 de julio de 1997, como lo declaró el juez a quo

Como punto de partida para arribar a esta conclusión, la Sala tiene en cuenta que el Certificado de Existencia y Representación Legal de la sociedad demandada, da cuenta que La Casa del Carpintero S.A.S. (antes Ltda.) nació a la vida jurídica el 20 de febrero de 1997, por lo que no es jurídicamente aceptable

afirmar que antes de esa data se hubiera obligado mediante un vínculo laboral con el aquí demandante. Así, aunque en su interrogatorio el demandante señaló, "el dueño de la empresa era Rafael Pardo" y no tiene conocimiento que haya cambiado de dueño y ésta persona sea quien tanto para el año 1999 como para 2011, firmó las certificaciones laborales aportadas al plenario, la Sala entiende que antes de la constitución de la sociedad, el empleador del aquí demandante era una persona natural que no fue convocada al proceso.

Ahora, recabando en el contenido de las certificaciones laborales aportadas, recuerda la Sala que jurisprudencialmente se ha conceptuado que los hechos consignados en los certificados laborales deben reputarse como ciertos, paralelamente también se ha sostenido que el empleador tiene la posibilidad de desvirtuar su contenido mediante una labor demostrativa y persuasiva sólida[4] y ello fue lo que aquí ocurrió, ya que, con independencia de las razones que motivaron la emisión de tales certificaciones, armonizado su contenido con el Certificado de Existencia y Representación Legal de la sociedad convocada, que como ya se dijo, da cuenta de la constitución de La Casa del Carpintero S.A.S. (antes Ltda.), el 20 de febrero de 1997, es claro que antes de esa data, no pudo existir un contrato de trabajo entre Germán Molina Rivera y La Casa del Carpintero S.A.S.

En ese orden, aunque el señor Molina Rivera haya prestado sus servicios como carpintero al señor Rafael Pardo, como lo afirmó en su interrogatorio y lo refieren las mentadas constancias laborales, la actividad personal que afirma haber prestado con anterioridad al 20 de febrero de 1997, bajo ninguna circunstancia pudo ser a favor de la sociedad demandada, pues se insiste, antes de esa data no existía, por lo cual el certificado suscrito el 24 de junio de 1999 no lleva suficiente convencimiento a la Sala.

No sucede lo mismo respecto al periodo comprendido entre el 1° de enero de 1998 y el 3 de diciembre de 2003, pues aunque la sociedad demandada se esmeró en negar que el demandante hubiera prestado sus servicios personales durante ese tiempo, la certificación de 15 de julio de 2011, da cuenta que si

[4] SL2600-2018.

desarrolló su actividad personal como carpintero al servicio de La Casa del Carpintero S.A.S. (antes Ltda.), durante ese interregno *(archivo 01- Demanda y Anexos.pdf. fl. 53, expediente digital).*

Aclara la Sala, en este preciso aspecto, se hizo una apreciación diferente respecto a la citada certificación laboral, en tanto para la data de su expedición, la sociedad convocada a juicio ya estaba legalmente constituida y la defensa no hizo ningún esfuerzo probatorio para desvirtuar lo allí expresado, es decir, no aportó ningún elemento de juicio que permita acreditar que entre el 20 de febrero de 1997 y el 31 de julio de 1997, el demandante no prestó sus servicios personales a la sociedad LA CASA DEL CARPINTERO S.A.S.

A tono con lo analizado, se revocará la decisión del a quo relativa a la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, del 14 de julio de 1994 al 19 de febrero de 1997 y se mantendrá su declaratoria únicamente respecto a los periodos comprendidos entre el 20 de febrero y el 31 de julio de 1997 y del 1° de enero de 1998 al 3 de diciembre de 2003.

En lo que aviene al pago de aportes durante estos períodos, memórese, conforme lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 100 de 1993 el empleador debe ser el responsable del pago de su aporte y de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno.

Adicionalmente, téngase en cuenta, conforme el contenido del artículo 9° literal d) y parágrafo de la Ley 797 de 2003 y del artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 y lo reiterado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia entre otras, en sentencias con radicación 32096 del 2 de septiembre de 2008[5] y 32179 del

[5] *"De acuerdo con lo anterior, la forma para poder contabilizar el tiempo laborado por la actora y en el que no estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales, a fin de ser tenido en cuenta en el cómputo de semanas cotizadas, es mediante el traslado de la suma de dinero dejada de cotizar y obtenida a través de un cálculo actuarial, con lo cual no se vería afectada la trabajadora por esa omisión en que incurrió su empleador, acorde con el contenido de las normas señaladas".*

27 de enero de 2009[6], es evidente que el tiempo dejado de cotizar durante la vinculación laboral tiene la virtud de perjudicar la eventual expectativa pensional del demandante.

Así las cosas, en relación con el tiempo atrás citado, es claro que la demandada no procedió en este sentido, pero más aún no afilió al demandante para ese período, como se extrae del reporte de semanas cotizadas en pensiones actualizado a 7 de diciembre de 2020. *(archivo 36- GRP-SCH-HL-66554443332211, expediente digital),* aspecto frente al que es pertinente recordar, se ha impuesto en cabeza de los jueces del trabajo la obligación de verificar el detalle de pagos de cada periodo y hacer los ajustes pertinentes. Así lo consideró la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL10147 de 2017, en la cual asentó:

> *"En este punto, la Sala debe llamar la atención en que los jueces de trabajo no pueden hacer una valoración mecánica y desprevenida de los resúmenes de semanas cotizadas elaboradas por las propias entidades de seguridad social, sin antes evaluar si en los mismos se dejan de incluir ciclos, por mora, inconsistencias o cualquier otra cuestión, o se incluyen procedimientos de imputación de pagos, que puedan resultar contrarios a la ley. Es deber de los juzgadores de instancia, en ese sentido, verificar los detalles de pagos de cada periodo y definir la validez de cada uno, pues tal labor no puede quedar definitivamente librada a la voluntad de las administradoras de fondos de pensiones."*

---

[6] *En el sub judice, cuando la demandante ingresó al servicio de la Corporación demandada, ya existía la obligación legal de afiliación de los trabajadores al régimen de seguridad social en pensiones, que para ese entonces era administrada por el Instituto de Seguros Sociales. No obstante existir dicho imperativo, en el caso analizado, el empleador dejó desprotegida a la actora por espacio de casi 18 años (16 de mayo de 1978 al 11 de marzo de 1996), porque durante los 25 años y 1 mes que estuvo prestando servicios, sólo fue afiliada a pensiones los últimos 7 años, bajo el régimen de ahorro individual administrado por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.*

El inciso 6º del artículo 17 del Decreto 3798 de 2003, que modificó el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995, prevé la solución frente a la eventualidad referida, al establecer que " ... En el caso en que, por omisión, el empleador no hubiera afiliado a sus trabajadores a partir de la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones, o con anterioridad a dicha fecha no hubiere cumplido con la obligación de afiliarlos o de cotizar estando obligado a hacerlo, el cómputo para pensión del tiempo transcurrido entre la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones y la fecha de afiliación tardía, sólo será procedente una vez se entregue la reserva actuarial o el título pensional correspondiente, calculado conforme a lo que señala el Decreto 1887 de 1994".(El subrayado es de la Sala).

En ese orden, claro resulta que la situación enunciada no puede ser enmendada simplemente con el pago de los aportes en tiempo posterior por cuanto, la forma legal para imputar válidamente los pagos de los aportes a pensión cuando existe **omisión en la afiliación** por parte del empleador, es a través del pago del cálculo actuarial respectivo.

Sobre este punto, recuérdese que los **periodos en que no hubo afiliación NO** pueden ser asimilados a aquellos en que si hay afiliación pero existe mora o pago tardío de los aportes, pues se tratan de situaciones jurídicas diferentes, que por ello conllevan también consecuencias diferentes para el empleador y para la entidad de pensiones.

En los que se presenta mora patronal, los periodos pueden ser incluidos en la historia laboral del trabajador efectuando el pago de la cotización con los respectivos intereses moratorios, pero, **cuando no hay afiliación,** caso que se presenta en autos, **el empleador se ve compelido a trasladar el valor del cálculo actuarial a entera satisfacción de la entidad pensional** (literal d, parágrafo 1º, artículo 33 de la Ley 100 de 1993). Al tema, puede consultarse la Sala de Casación Laboral de la CSJ, en sentencia SL 14388 del 20 de octubre de 2015, Rad. 43182[7].

---

[7] ***2. Diferencias entre «mora» en el pago de los aportes y «falta de afiliación» al sistema de pensiones. Consecuencias jurídicas de la omisión en la afiliación.***

Es cierto que esta Corporación se ha preocupado por diferenciar los efectos de una «mora» en el pago de los aportes, de los de una «falta de afiliación» al sistema de pensiones, por tener dichos fenómenos causas y consecuencias jurídicas diferentes, como lo dedujo el Tribunal y lo resaltan los opositores.

Frente a la primera situación, de «mora» en el pago de aportes, esta Sala de la Corte ha expresado en su jurisprudencia que la validez de las semanas cotizadas, por la mora del empleador en el pago del aporte, no puede ser cuestionada o desconocida por la respectiva entidad de seguridad social, si antes no acredita el adelantamiento de las acciones tendientes a gestionar su cobro. (…)

Dicho ello, la Sala reitera que, ante hipótesis de omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, y obligación del empleador pagar un cálculo actuarial, por los tiempos omitidos, a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social." (Subrayas fuera de texto)

Atendiendo tales circunstancias, se confirmará la condena impuesta a COLPENSIONES de efectuar el cálculo actuarial correspondiente a los periodos comprendidos entre el 20 de febrero y el 31 de julio de 1997 y del 1° de enero de 1998 al 3 de diciembre de 2003 y a la sociedad LA CASA DEL CARPINTERO S.A.S a que proceda a su pago y se revocarán estas órdenes respecto al periodo comprendido entre el 14 de julio de 1994 y el 19 de febrero de 1997, conforme lo analizado en precedencia

En los términos que anteceden, agotándose de ésta manera la competencia de la Sala, por el estudio de los aspectos que la motivaron, habrá de revocarse parcialmente el ordinal primero de la sentencia de primer grado y en lo demás se confirmará.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de los expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C.,** Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal PRIMERO de la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de DECLARAR únicamente la existencia de un contrato de trabajo entre GERMÁN MOLINA RIVERA y LA CASA DEL CARPINTERO S.A.S. entre el 20 de febrero y el 31 de julio de 1997 y del 1° de enero de 1998 al 3 de diciembre de 2003.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de CONDENAR a LA CASA DEL CARPINTERO S.A.S. a pagar únicamente los aportes a pensión correspondientes a los periodos del 20 de febrero al 31 de julio de 1997 y del 1° de enero de 1998 al 3 de diciembre de 2003.

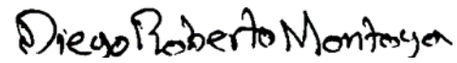
TERCERO: REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal TERCERO de la sentencia de primera instancia, en el sentido de ORDENAR a COLPENSIONES que efectúe el cálculo actuarial únicamente por los periodos del 20 de febrero al 31 de julio de 1997 y del 1° de enero de 1998 al 3 de diciembre de 2003.

CUARTO: REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal CUARTO de la sentencia de primera instancia, en el sentido de ORDENAR a COLPENSIONES que una vez LA CASA DEL CARPINTERO S.A.S. efectúe el pago del cálculo actuarial, incluya en la historia laboral del demandante, las semanas correspondientes a los periodos del 20 de febrero al 31 de julio de 1997 y del 1° de enero de 1998 al 3 de diciembre de 2003.

QUINTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme los argumentos expuestos.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR SHEILA JINNET PARRA NIÑO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- y PORVENIR S.A. (RAD. 35 2021 00115 01)

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva a la abogada LEIDY CAROLINA FUENTES SUAREZ como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA en su calidad de representante legal de la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S (fl. 8).



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante y COLPENSIONES (fls. 5 a 11), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas PORVENIR y

COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez 35 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 15 de diciembre de 2021 *(Audiencia virtual Art. 80 C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 58:05, "24- AUDIENCIA RAD. 2021-00115-20211215_160638-Grabación de la reunión.mp4", expediente digital),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado de la señora SHEILA JINNET PARRA NIÑO, al régimen de ahorro individual con solidaridad con la AFP PORVENIR S.A., y como consecuencia, se ordena a la citada AFP a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos.*
>
> ***SEGUNDO: SE CONDENA** a la AFP PORVENIR S.A. a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión de la actora por los gastos de administración, de acuerdo al tiempo que éste permaneció afiliado en el fondo privado, tal como se advirtió en la parte motiva de esta sentencia.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES a afiliar a SHEILA JINNET PARRA NIÑO al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que hubiese efectuado a la administradora de pensiones y cesantías PORVENIR S.A.*
>
> ***CUARTO: CONDENAR** en COSTAS a la demandada PORVENIR., por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de $2.000.000, que se incluye en la liquidación de costas, sin costas para COLPENSIONES.*
>
> ***QUINTO:** En caso de no apelarse la decisión se remite al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral para que se estudie en grado jurisdiccional de consulta."*

Inconforme con la decisión los apoderados judiciales de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, respectivamente, la apelaron.

En primer lugar, PORVENIR apeló solicitando sea revocada en su integridad la sentencia, aduciendo con la declaratoria de la ineficacia se afectó principios fundamentales como la confianza legítima y la sostenibilidad financiera. Afirma, el caso en concreto fue tratado en su sentir de manera inconsulta y automática, por lo que afecta la confianza legítima que se le ha dado al formulario de afiliación, suscrito por la actora, el cual, indica para la época era el único documento exigido por la norma, toda vez que no obraba otra exigencia para dejar documentada la asesoría.

De otro lado, advierte en el interrogatorio de parte se concluyó que, a la demandante de manera precedente a la suscripción del formulario, le fue realizada una debida asesoría. Resalta, que tanto el fondo privado como el afiliado adquieren obligaciones. Afirma, el formulario de afiliación es la prueba que acredita que ambas partes tienen obligaciones.

Además, indica la parte actora no presentó inconformidad alguna, sino que por el contrario permaneció con su decisión en el tiempo, por más de 20 años, con lo cual, se demuestra que en ningún momento cumplió con sus obligaciones como afiliada, por lo que la demandante olvidó su futuro pensional, y en la actualidad estando dentro de la prohibición legal se preocupa. Insiste, con tales hechos no es considerable declarar la ineficacia del traslado, toda vez que no se logra demostrar, la actuación que adoleció la libertad de escogencia de régimen.

Añade, la afectación a la sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia, con un retorno al régimen de prima media en el cual la actora no ha estado vinculada por más de 20 años, olvidándose de la prohibición contenida en la ley 797 de 2003.

Por otro lado, se opuso a la condena de devolución de gastos de administración, teniendo en cuenta que dichas sumas no financian ninguna mesada pensional de la demandante, en consecuencia, considera con ello se generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES. Alude, se afecta las restituciones mutuas, toda vez que la AFP cumplió con su deber legal de administrar debidamente la cuenta de ahorro individual de la actora, lo cual se puede verificar a través de los rendimientos generados.

Por último, advierte no tenerse en cuenta respecto a las costas el factor objetivo del artículo 365 del CGP, por lo cual, solicitó la compartibilidad de las costas, teniendo en cuenta que COLPENSIONES fue condenada en la sentencia, pero no se le impusieron costas. [1] *(Audiencia virtual Art. 80 C.P.T*

[1] "**Apoderada PORVENIR (1:00:58):** Gracias su señoría, dentro de la oportunidad presento recurso de alzada, en contra del fallo emitido por el despacho, solicitando amablemente a los señores magistrados revocar en su totalidad la decisión de declaratoria de la ineficacia, en el entendido que con

y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 1:00:58, "24- AUDIENCIA RAD. 2021-00115-20211215_160638-Grabación de la reunión.mp4", expediente digital)

A su turno, COLPENSIONES indicó conforme a la jurisprudencia, la seguridad social es un derecho autónomo, y se encuentra regulado en la ley 100 de 1993 y decretos reglamentarios, por lo cual, en la ineficacia del acto de afiliación de un régimen pensional, a causa de la deficiencia del deber de información, debe sujetarse íntegramente en lo dispuesto en la ley 100 de

---

esta providencia y la declaratoria de la ineficacia se encuentran afectados principios fundamentales del derecho como lo son, la confianza legítima y la sostenibilidad financiera. Señores magistrados hoy el caso ha sido tratado casi de manera inconsulta o automática y estos casos de ineficacia poco deben ser predicados de esta manera, se está desconociendo y se está afectado esa confianza legítima que se ha dado al formulario de afiliación, suscrito por la parte actora, el documento que para la época en que suscribe era el único exigido por la norma, no obraba ninguna otra exigencia para dejar de manera documentada la asesoría.

Aunado a ello, con interrogatorio de parte se pudo concluir que a la actora de manera precedente a esa suscripción de formulario se le realizó una debida asesoría. Y en este entendido tampoco debemos dejar de lado, que como el fondo privado, también el afiliado cuenta con unas obligaciones, el formulario de afiliación es esa prueba que acredita que tanto una como la otra parte tienen unas obligaciones, y en este entendido el formulario de afiliación era un documento existente, en ningún momento la parte actora presentó alguna inconformidad frente a ese actuar, sino que permaneció su decisión en el tiempo, por más de 20 años, bajo esta perspectiva se demuestra que por la parte actora que en ningún momento se agotó las obligaciones que a su bien tenía conforme al decreto 2555 del año 2010, y lo que se comprende que la demandante decide olvidarse de su futuro pensional y hoy estando a portas o estando casi dentro de la prohibición legal, o a portas de cumplir la edad de pensión es cuando se preocupa por su futuro pensional, y estos hechos no son considerables para declarar una ineficacia del traslado, en el entendido que no se logra demostrar cual era la actuación que adoleció esa libertad de escogencia de régimen.

Se encuentra también afectado la sostenibilidad financiera, en el entendido que hoy se declara una ineficacia, un retorno de régimen de prima media en el cual la demandante no ha estado vinculada por más de 20 años, en esta medida también se está olvidando la prohibición contenida en la ley 797 del año 2003, en el literal e del artículo 2 y esta prohibición ha sido fallada, o no ha sido declarada por los legisladores como de manera caprichosa, siendo en aras de la sostenibilidad.

En este sentido, señores magistrados si habían considerar la ineficacia del traslado, mi representada manifiesta la oposición en la condena de devolución de gastos de administración, teniendo en cuenta que estas sumas no financian ninguna mesada pensional de la parte actora, además se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa para COLPENSIONES, y se está afectando las restituciones mutuas, teniendo en cuenta que mi representada si cumplió con su deber legal de administrar debidamente la cuenta de ahorro de la demandante, esto se puede verificar a través de los rendimientos generados en su cuenta.

Por último, señores magistrados en lo atinente a las costas no se está teniendo en cuenta el factor objetivo del artículo 365 del código general del proceso, a lo cual señores magistrados le solicitamos se dé una compatibilidad de las costas, teniendo en cuenta que tambien COLPENSIONES cuenta con una condena y unas ordenes por parte del despacho. En esta medida le solicitamos se dé la compatibilidad y se presente el factor objetivo del artículo anteriormente mencionado.

De esta manera concluyo el recurso de apelación, más, sin embargo, aclarando que el mismo va a ser debidamente argumentado para la segunda instancia a presentar. Dejando así sustentado el recurso de apelación. Muchas gracias su señoría."

1993. Insiste, no tenerse en cuenta dicho presupuesto legal, ello atendiendo que debe hacerse una aplicación integral del principio de inescindibilidad. Por lo cual, afirma cualquier daño que se le ocasiones por el incumplimiento de los deberes de la AFP, no puede resultar responsable la entidad, toda vez que fue ajena al acto de afiliación de la demandante, y al deber de información por parte de la AFP.

Lo anteriormente expuesto, teniendo en cuenta que no se encuentran los presupuestos para dar aplicación a la ineficacia del traslado, y puesto que aceptar el retorno de la demandante al régimen de prima media, contribuiría a la descapitalización del sistema pensional. Añade, conforme a lo expuesto por la Corte Constitucional en diferentes sentencias, que en materia del traslado nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados dado que el régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría, por tanto, no se puede pretender o permitir que personas que no han contribuido a los rendimientos del fondo, se beneficien a costas de las cotizaciones asumidas por otras personas.

De otro lado, solicitó en caso de ser confirmada la sentencia de primera instancia, se autorice a la entidad a obtener por vía judiciales el valor de los perjuicios que se causen por asumir la obligación pensional de la demandante. [2] *(Audiencia virtual Art. 80 C.P.T y la S.S., realizada a través de*

---

[2] "**Apoderada COLPENSIONES (1:05:27):** Gracias señor juez, si muy respetuosamente interpongo recurso de apelación frente a la sentencia emitida el día de hoy.

Perfecto, interpongo recurso de apelación frente a la sentencia emitida el día de hoy, a efecto que los magistrados de la sala laboral del Tribunal Superior de distrito judicial de Bogotá se sirvan de revocar en su totalidad la sentencia de primera instancia y en su lugar se absuelva a mi representada la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE EPENSIONES – COLPENSIONES, teniendo en cuenta los siguientes argumentos.

Lo primero a señalar que de acuerdo con los precedentes jurisprudenciales, la seguridad social es un derecho autónomo, y las normas de su estatuto están contenidas en la ley 100 de 1993, y sus decretos reglamentarios, regulan íntegramente el acto de afiliación a un régimen pensional, las competencias y sanciones en caso de infracción a la libertad de elección, por tanto, en la ineficacia del acto de afiliación de un régimen pensional, a causa de la deficiencia del deber de información, debe sujetarse íntegramente en lo dispuesto en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, como lo señale en la sentencia de primera instancia, no a juicio de esta apoderad no le haya la suficiente, no tiene en cuenta este presupuesto procesal, y no da aplicación al artículo 271 de la ley 100 de 1993, esto atendiendo a que debe hacerse una aplicación integral y atendiendo al principio de inescindibilidad, las autoridades administrativas las allí señaladas las competentes para tal fin. Por tanto, declarar la ineficacia del traslado asumiendo la carga por parte de mi representada ADMINISTRADORA COLOMBIANA D EPENSIONES – COLPENSIONES, cualquier daño que se le ocasione al afiliado por el

la plataforma Microsoft Teams récord 1:00:58, "24- AUDIENCIA RAD. 2021-00115-20211215_160638-Grabación de la reunión.mp4", expediente digital)

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda *(páginas 2 y 3, archivo "01- DEMANDA Y ANEXOS.pdf", expediente digital),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo *(páginas 3 a 5, ibídem),* aspirando se declare la nulidad de la vinculación de la demandante al RAIS efectuada a PORVENIR S.A,, por consiguiente se declare que no es válido el traslado de régimen; en consecuencia, se condene a PORVENIR S.A, a registrar en su sistema de información que dicha vinculación no es válida; así se ordene a COLPENSIONES a registrar y activar en su sistema la condición de afiliada a la parte actora, también a actualizar en la historia laboral las cotizaciones realizadas irregularmente en el RAIS; se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas, y en lo ultra y extra petita. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto

---

incumplimiento de estos deberes de la AFP, no puede resultar responsable mi representada, pues fue ajena al acto de afiliación de la demandante y al deber de la información a cargo de la AFP, a la luz de las normas vigentes para el año 2000, fecha del traslado de la demandante, y por esto no pueden aplicarse normas posteriores que aplicaron una doble asesoría.

Lo anteriormente expuesto, teniendo en cuenta que no se hayan los presupuestos para dar aplicación a la ineficacia del traslado, y puesto que aceptar el retorno de la demandante al régimen de prima media, contribuiría a la descapitalización del sistema pensional y como lo cita la sentencia T489 de 2010, la C 1024 del 2004, la SU 062 de 2010, y la SU 130 del 2013, la Corte Constitucional manifestó que en materia del traslado nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados dado que el régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría, por tanto, no se puede pretender o permitir que personas que no han contribuido a los rendimientos de los, de este fondo pensional, entren a beneficiarse a costa de las cotizaciones y los riegos asumidos por otras y no por ellas mismas.

Ahora bien, de suerte que el Tribunal no acepte estos argumentos y se confirme la sentencia de primera instancia, ruego se autorice a mi representada COLPENSIONES, para que obtenga por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios, que se le causen por asumir la obligación pensional de la demandante, en los montos no previstos y sin las reservas dispuestas para tal fin, originados de las omisiones de un tercero, el cual es la AFP PORVENIR. Dejo así sustentado mis alegatos de mi recurso de apelación. Muchas gracias."

se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora a PORVENIR S.A, disponiendo a dicha entidad a trasladar todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses, junto con sus rendimientos. Se condenó a dicha AFP a pagar con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión de la actora por los gastos de administración, de acuerdo al tiempo que éste permaneció afiliado en el fondo privado. Se ordenó a COLPENSIONES a volver afiliar a la actora al régimen de prima media con prestación definida y recibir los aportes que esta hubiese efectuado en el RAIS. Por último, condenó en costas a PORVENIR S.A. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[3].

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 11 de agosto de 1962 *(página 2, archivo "12- EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO.pdf", expediente digital),* por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante formulario de afiliación ante COLPENSIONES el 29 de enero de 2021 *(página 1, archivo*

[3] *En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".*

"12- EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO.pdf", expediente digital), esto es, cuando ya contaba con la edad requerida para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 360 semanas cotizadas al sistema que corresponden a 7 años de aportes *(Historia laboral Archivo 11 expediente digital),* por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Conforme lo anterior, y previo a continuar con el estudio correspondiente, teniendo en cuenta los certificados expedidos por la Coordinadora Grupo de Gestión de Talento Humano del Instituto Nacional para Sordos - INSOR[4], se tiene que la demandante laboraba para dicha entidad por lo menos para el 14 de agosto de 2019, y por ende ostenta la calidad de empleada pública, precisando, en atención a que lo pretendido en autos es la nulidad y/o ineficacia de un acto jurídico, como es el traslado de Régimen pensional al RAIS mediante la afiliación a una AFP de carácter privado, esta jurisdicción es competente para resolver la controversia, no ocurre lo mismo frente a una eventual reclamación de reconocimiento del derecho pensional, la cual, en los términos del numeral 4° del artículo 104 del C.P.A.C.A. deberá ser reclamada ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **31 de mayo de 2000** *(página 58, archivo "01- DEMANDA Y ANEXOS.pdf", expediente digital),* por afiliación que hiciera a PORVENIR, específicamente conforme a la información consignada en el formulario suscrito con esa AFP.

[4]*Certificados del 14 de agosto de 2019, Instituto Nacional para Sordos - INSOR vinculada a la demandante en el cargo de Profesional Especializado 2028-12 (páginas 53 a 57, archivo "01-DEMANDA Y ANEXOS pdf", expediente digital)*

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada y que ésta fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal información debe ser objetivamente verificable, en el entendido de que aquél debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión *"libre y voluntaria*" contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura.

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

> *"Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.*
>
> *Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute,* ***es eficaz****, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.*
> *Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*
>
> *El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias."*

En tal sentido, *"es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez"* (SL1688 de 2019).

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc[5], en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

> *"(…)*
> *De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:*
>
> > *Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).*
> >
> > *En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*
>
> ***Entonces, según la norma precedente, 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*

[5] *Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020*

> *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."*

Frente a este respecto, además esa alta Corporación en sentencia SL-1948 de 2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (*vuelta al status quo ante*, art. 1746 CC). Así, discurrió

> *"**1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen***
>
> *Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.*
>
> *Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (…) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».*
>
> *De ahí que le corresponda a la Sala precisar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto.*
>
> *Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC).*
>
> *[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]*
>
> *Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de*

> *1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral […] la afiliación respectiva quedará sin efecto».*
>
> *Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019)".*

En ese orden, no se trata de analizar la presencia de vicios que conlleven a la nulidad del negocio jurídico, sino de establecer el cumplimiento del deber de información como condición de eficacia del traslado de régimen pensional, razón por la cual, no se requiere la acreditación en este juicio de la presencia de vicios que invaliden el consentimiento.

Ahora bien, sobre esta temática igualmente, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de

suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado,* por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la actora al fondo accionado PORVENIR.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011[6], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y

[6] *"Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.*

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la "ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA", en donde se señala una mesada pensional de $900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el "RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL", es de $1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

"Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

"En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

"Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

"Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

"El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.
"(…).

"Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

"Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

"Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

"La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

"La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

"Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

"Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

"Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

"En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña".

más recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

> *"(…)* ***Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.***
>
> *(…)*
>
> *Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*
>
> *(…).*
>
> *Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, 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.*

"Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales".

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta 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.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

> ***Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego.*** *A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (…)"*

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información en los términos aquí referidos, pues en manera alguna se evidencia en el plenario que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante[7] no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues indicó que a la entidad INSOR llegó un asesor de PORVENIR, a través de una reunión colectiva y les informó que el ISS se iba a acabar, por lo tanto no iban a tener pensión, que en dicha AFP iban a tener un mayor rentabilidad que en COLPENSIONES, igualmente le indicó sobre la posibilidad tener todo el capital de su cuenta en el momento que deseará o de manera mensual y que en caso de fallecer iba a ser beneficiario su padre de la pensión; no obstante adujo la actora no se le realizó una comparación entre regímenes.

Nótese, de lo relatado por la demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que en su momento PORVENIR haya cumplido con su obligación de buen consejo, pues lo único que advierte la Sala es una labor de publicidad y promoción de los fondos privados donde se enfatizó en las supuestas bondades del RAIS y la posibilidad de recibir beneficios económicos por la decisión de vinculación que tomaran los potenciales afiliados, sin que en esa labor se tomará en cuenta la responsabilidad social que tenían las AFP desde su creación.

[7] Audiencia virtual 15 de diciembre de 2021, récord 22:49.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A. *(Página 58, archivo "01- DEMANDA Y ANEXOS.pdf", expediente digital),* este no constituyen en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara a la afiliada una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora –PORVENIR, no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características.

Aquí también debe resaltar esta Sala, frente a la vigencia del deber de información, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que el este subsiste desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y, por ende, se estableció en cabeza de los fondos privados el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que puedan tomar decisiones informadas.

Así por ejemplo, en sentencia SL1688-2019 reiterada en la SL-3708-2021 y SL-3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

"1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

…

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

> *Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*

Además, ilustró las diferentes etapas del deber de información, así:

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 1.° 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 3.°, 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 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Como se ve, ya para el año 2000, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR omitió en el momento del traslado de régimen **(31 de mayo de 2000),** el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar

al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar, no tiene incidencia alguna que la actora no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen. Al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y gastos de administración, como también la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto, aclarando en este punto y para resolver la apelación de COLPENSIONES, aunque esta entidad no intervino de manera directa en el acto jurídico de traslado, no puede perderse de vista que en la actualidad dentro de la estructura del sistema de pensiones es la única entidad administradora del régimen de prima media con prestación definida, siendo de contera la llamada a recibir nuevamente a la demandante como su afiliada.

Por otro lado, conviene precisar a PORVENIR y a COLPENSIONES, en autos no tiene relevancia la financiación del sistema o que la convocante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo

rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Advirtiéndose en cuanto al principio de la sostenibilidad financiera, objeto de apelación por las demandadas, la Máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no lesionan "*el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas*." (Sentencia SL2877, rad. 78667 del 29 de julio del 2020).

Asimismo, advierte la Sala con relación con los argumentos de apelación de PORVENIR S.A., relacionados a los gastos de administración, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración y los demás conceptos en aras de completar nuevamente el aporte.

Así, en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, se dijo:

> *"Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a*

> *conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.*
> *[…]*
> *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 ésta 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.***
>
> *Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada."*

Igualmente, en la sentencia SL1421-2019, Radicación N° 56174 del 10 de abril de 2019, se expuso:

> *"Conforme a lo establecido* ***en sede de casación, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia*** *de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, que la actora jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de igual forma, que el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 (…)".*

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES[8] *(Página 35-36, Archivo "08- 11001310503520210011500 CONTESTACION.pdf", expediente digital)* entidad a favor de quien se surte la consulta, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta

[8] Por auto del 10 de noviembre del 2021 se tuvo por contestada la demandada por parte de Colpensiones (Archivo 16 expediente digital)

que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática. Es de anotar en este punto, dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración y demás restituciones, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción.

Sobre esto último, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2611, Radicación N° 67972 del 1° de julio de 2020, señaló que las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones, hace inoperante dicho fenómeno extintivo frente a los mismos. Puntualmente dijo esa Corporación:

> *"…recientemente, en la sentencia CSJ SL1421-2019, tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto, sosteniéndose que en materia del derecho del trabajo y la seguridad social, las disposiciones que gobiernan la extinción de la acción son los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, que consagran un periodo trienal para que opere ese fenómeno; sin embargo, se adujo que tal normativa no resulta aplicable a los casos de ineficacia del traslado, por cuanto se trata de una pretensión de carácter declarativa, que es precisamente lo que sucede en el sub examine, en la aludida providencia se dijo:*
>
> > *Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que* ***las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo,*** *en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.*
> >
> > *De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto*

> *los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el trascurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.*
>
> *Conforme a lo discurrido, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, (...)"* (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Respecto a la condena en costas, punto de apelación de la demandada PORVENIR S.A., advierte la Sala, que solo está legitimado para interponer recurso en contra de una decisión, la parte a quien la providencia le haya sido desfavorable; en ese orden, es evidente, que Porvenir S.A., no es la llamada a solicitar ue se imponga condena por concepto de costas procesales a COLPENSIONES, facultad que únicamente podía ejercer la parte demandante, quien al punto guardó silencio, razón por la cual, no hay lugar a adicionar en este punto la sentencia impugnada.

Finalmente, en lo que toca a la solicitud de COLPENSIONES de autorizarla a obtener por las vías judiciales el valor de los perjuicios ocasionados, la misma se torna improcedente como quiera que ello lo puede efectuar sin que medie orden alguna a través de la presente decisión, aunado a que tal aspecto no fue objeto del debate probatorio pues ninguna pretensión se erigió tendiente a obtener el pago de este concepto a favor de esa administradora, así como tampoco fue propuesta dicha temática a lo largo del juicio por ese extremo procesal.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se revocará parcialmente la sentencia de primer grado, de conformidad con las precisiones señaladas.

SIN COSTAS en esta instancia.

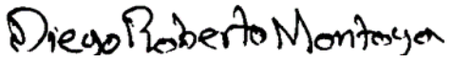
En mérito de los expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR IVAN JAVIER TANCO PÉREZ Y ASTRID PAOLA ALCALÁ GARCÍA CONTRA OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES Y EL FONDO NACIONAL DEL AHORRO, trámite al que se vinculó como llamadas en garantía a LIBERTY SEGUROS S.A. Y CONFIANZA S.A. (RAD. 36 2016 00516 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por el FONDO NACIONAL DEL AHORRO (folios 4 y 5) y LIBERTY SEGUROS S.A. (folios 7 a 10), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante y de la demandada OPTIMIZAR, contra la sentencia proferida por la Juez Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 15 de diciembre de 2021 (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, artículo 80 del C.P.T., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, expediente digital, carpeta 22. Audiencia 15.12.2021, récord 1:10:42), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la existencia de un contrato por obra o labor entre OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. en liquidación y los demandantes, así: Frente a ASTRID PAOLA ALCALÁ GARCIA del 19 de enero de 2015 al 30 de septiembre de 2015.Frente a IVÁN JAVIER TANCO PÉREZ del 7 de mayo de 2015 al 30 de septiembre de 2015.*
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. en Liquidación judicial, a pagar en favor del demandante IVÁN JAVIER TANCO PÉREZ, los siguientes conceptos:*

- *Cesantías: $2.771.007 pesos.*
- *Intereses a las cesantías: $133.008 pesos*

- *Prima de servicios: $1.838.092*
- *Compensación en dinero de las Vacaciones: $1.385.503, suma de dinero que deberá ser debidamente indexada hasta la fecha de su pago.*

  ***TERCERO: CONDENAR** a la demandada OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A en Liquidación judicial, a pagar a ASTRID PAOLA ALCALÁ GARCIA la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, correspondiente a un día de salario por cada día de retardo desde el 30 de septiembre del 2015 hasta el 1 de octubre de 2017, esto es por la suma de $108.000.000 de pesos y para el señor IVÁN TANCO PÉREZ, por dicho concepto, lo correspondiente a un día de salario por cada día de retardo desde el 1 de octubre de 2015 y por los primeros 24 meses, por la suma de $166.260.408 pesos y a partir del mes 25 será reconocidos los intereses a la tasa máxima de libre asignación, hasta que se cancelen en su integridad las prestaciones sociales adeudadas.*

  ***CUARTO: ABSOLVER** a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES de las demás pretensiones incoadas en su contra.*

  ***QUINTO: ABSOLVER** al FONDO NACIONAL DEL AHORRO de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Al igual que a LIBERTY SEGUROS S.A.*

  ***SEXTO: CONDENAR** en costas a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A, por secretaría liquídense como agencias en derecho 1 SMLMV a favor de cada uno de los demandantes.''*

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de los demandantes la apeló, puntualmente frente a la negativa del juzgado de declarar la responsabilidad solidaria del Fondo Nacional del Ahorro respecto de las obligaciones objeto de condena.

En sustento de ello, argumenta, el contrato que celebró el FNA con Optimizar Servicios Temporales S.A. hace referencia al crecimiento y expansión del Fondo, pero ello no da a entender que se quiere ubicar en otros municipios o abrir otras agencias, o que se pretenda la colocación de un nuevo producto de la entidad; se trata de las funciones propias de su objeto social como empresa industrial y comercial del Estado y en este orden, el artículo 34 C.S.T. no condiciona a que se declare previamente un contrato realidad, sino que será solidarimente responsable si la actividad que desarrolla el trabajador en misión es propia del objeto misional de la empresa usuaria, por tanto solicita se adicione la sentencia de primer grado, en el sentido frente a los derechos declarados a favor de los demandantes, como la indemnización moratoria[1] (Audiencia virtual, expediente digital, carpeta 22. Audiencia 15.12.2021, récord 1:12:51).

[1] ***Apoderado demandante (1:12:51):** Doctora muchas gracias, respetuosamente ya a pesar que parcialmente la sentencia es favorable a mis poderdantes, respetuosamente le manifiesto que interpongo recurso de apelación, en atención a que considero que no hay razones jurídicas válidas para liberar al FONDO NACIONAL DEL AHORRO en lo que tiene que ver con la solidaridad frente al incumplimiento de la obligaciones que tiene OPTIMIZAR, y esto se desprende de lo siguiente, el*

La apoderada de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES también apeló la decisión de primer grado, en tanto el despacho no tuvo en cuenta el pago que efectuó la Aseguradora Confianza a OPTIMIZAR, pues si bien en el expediente no obra prueba de dicho pago, de manera verbal, bajo la gravedad de juramento, en el

---

artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo habla de los contratistas independientes, nos dicen que son contratistas independientes y que por tanto, empleadores y no representantes ni intermediarios las personas naturales o jurídicas que contratan la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Hasta pues no hay ningún inconveniente, pero ya hablando lo que tiene que ver con la solidaridad a reglón seguido dice "pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra a menos que se trata de labores extrañas de las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente beneficiario con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan los, derecho los trabajadores. Solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso para que se repita a él lo pagado a los trabajadores.
Entonces pues respetuosamente para ello es menester mirar el contrato que suscribió el FONDO NACIONAL DEL AHORRO con la empresa OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A, y observamos que en las consideraciones e el numeral uno dice "Que la adición de gestión humana estructuro el análisis conveniencia de oportunidad, de acuerdo al ejercicio de las competencias funcionales, relativas con el recurso humano donde planteó la necesidad de contratar una empresa de servicios temporales para la prestación de los servicios de suministro y administración personal para satisfacer las necesidades de crecimiento y expansión del FONDO NACIONAL DEL AHORRO en armonía con el plan de desarrollo y la planeación estratégica 2015 – 2019. Entonces al leer con cuidado este aparte del objeto contractual observamos que al expresarse el crecimiento y expansión del fondo pues eso no da a entender que el fondo se quiere ubicar en otros municipios de la geografía nacional o abrir otras agencias en las ciudades que ya se encuentra, con que finalidad, con la finalidad se seguir haciendo la actividad principal, esto es captar recurso de las cesantías de sus afiliados y prestarles para la obtención de vivienda y para eso lógicamente requiere de personal.

Entonces es su actividad principal, no está diciendo en otra que sea el crecimiento (inaudible) de un nuevo producto que se inventó el fondo o que creó el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, ejemplo préstamo para vehículo, no, está hablando de sus propias funciones de la naturaleza, del objeto social como empresa industrial y comercial del Estado, entonces por esta razón si observamos el artículo sustancial en comento, esto es el artículo 34 no necesariamente condiciona que debe haber una previa declaración de contrato realidad, sino está diciendo que será solidario cualquier situación o deuda que deba tener con el trabajador, si la actividad que está desarrollando el trabajador en misión es de la naturaleza misional de dicha entidad. Entonces al analizar con cuidado el contrato suscrito entre el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y OPTIMIZAR TEMPORALES S.A se desprende realmente que son funciones misionales las que estaban aquí contratando a través de estos trabajadores en misión y como consecuencia de ello, no es menester de declarar contrato realidad con el fondo, sino que él se vuelve solidario, porque están desarrollando una actividad que es propia de su misión y por lo tanto, hay solidaridad respecto de que el contratista no cumpla con las obligaciones y derechos que tiene sus trabajadores.

Entonces muy respetuosamente interpongo este recurso de apelación en aras a que la Sala de decisión laboral del Honorable Tribunal revoque parcialmente la sentencia en el sentido de que adicione la solidaridad que existe con el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, frente a estos derechos que ya se han declarado como lo es la sanción moratoria en atención a que los trabajadores y hoy demandantes estaban desarrollando una actividad misional y no se demostró por ningún lado que fuera una actividad totalmente distinta al objeto social que desarrolla el FONDO NACIONAL DEL AHORRO. Por lo tanto, respetuosamente le agradezco se conceda el recurso de apelación y en espera que el Tribunal, la Sala de decisión del Honorable Tribunal de Bogotá sentencie o decida en sentencia lo que en derecho corresponda. Muchas gracias doctora."

interrogatorio de parte que absolvió, manifestó que teniendo en cuenta el proceso administrativo adelantado ante el Ministerio de Trabajo y en cumplimiento de la Resolución 922, presentó un listado de los trabajadores que fueron beneficiados con el pago de dichas pólizas, que era alrededor de 400 trabajadores.

Insistió, en el interrogatorio informó que la señora Astrid Paola Alcalá había recibido $6'052.600 e Iván Javier Tanco recibió $6'127.610 y aunque brilló por su ausencia la certificación en este sentido por parte de la Aseguradora Confianza, lo cierto es que la aseguradora si le informó de esos pagos a la EST.

Añadió, en su interrogatorio, el señor Tanco confesó haber recibido un pago y si bien ni dijo cuáles eran los conceptos pagados, ello no es razón para afirmar que no se le pagaron prestaciones sociales, pagos que igualmente fueron referenciados por los testigos, quienes también fueron beneficiarios de dichas pólizas.

En cuanto a la indemnización moratoria señaló, la juez a quo no tuvo en cuenta que Optimizar Servicios Temporales fue admitida a proceso de reorganización desde el 15 de febrero de 2016, data desde la cual quedó sometida a la ley 1116 de 2006 y desde ese momento quedó imposibilitada para disponer de los recursos, por lo que solicita se tenga en cuenta esta situación, así como que los actores no se hicieron parte en el proceso de reorganización moratoria[2]. (Audiencia virtual, expediente digital, carpeta 22. Audiencia 15.12.2021, récord 1:18:52).

---

[2] ***Apoderada OPTIMIZAR (1:18:52):*** *Gracias señora juez me permito interponer con todo respeto recurso de apelación frente a la sentencia que acaba de proferir, básicamente frente el numeral segundo y numeral, bueno y subsiguientes. Señora juez, Honorables magistrados interpongo en mi recurso de apelación toda vez que no es de buen recibo que el despacho no haya tenido en cuenta el pago que se efectuó por parte de la aseguradora CONFIANZA a OPTIMIZAR, si bien es cierto dentro del plenario no existe prueba donde se haya acreditado dicho pago, si de manera verbal, de manera oral y bajo gravedad de juramento lo manifesté en el interrogatorio de parte que se me practicara por parte del despacho que teniendo en cuenta el proceso administrativo que se adelantado ante el Ministerio del Trabajo, y que posteriormente en cumplimiento de la Resolución 922 presentamos un listado de los trabajadores que fueron beneficiados con el pago de dichas pólizas.*
Igualmente, informamos que la Aseguradora Confianza había efectuado que periódicamente nos efectuaba a nosotros como liquidadores la información de las personas a quienes les iba efectuando el pago, toda vez que era un grueso de 4.000 trabajadores (sic), 400 trabajadores que fueron beneficiados con estos pagos de los 8.000 y pico trabajadores que tenía la empresa, pero en buena fe y bajo la gravedad de juramento reiteró, manifesté que esas, aquí demandantes habían recibido el pago por parte de la Aseguradora Confianza, como bien la Aseguradora Confianza nos lo informó a través del comunicado del 25 de enero de 2018, donde claramente nos informó que la señora ASTRID PAOLA ALCALÁ había recibido el valor de $6.052.600 pesos y así lo acreditamos con el pago, con el interrogatorio de parte practicado a la señora ASTRID, el señor IVAN JAVIER TANCO también recibió el pago de $6.127.610, de manera pues que no estamos de acuerdo con la decisión tomada por el despacho, toda vez que acá si quedó acreditado el pago. Ahora bien, de pronto brilló

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de los demandantes IVAN JAVIER TANCO PÉREZ Y ASTRID PAOLA ALCALÁ las pretensiones visibles a folios 3 a 11, las cuales se fundan en los hechos relatados a folios 16 a 23, aspirando de manera principal

---

por su ausencia la certificación por parte de la Aseguradora Confianza directamente al Despacho, lo que sí es claro que a nosotros la aseguradora si nos informó el pago.

También, se logra evidenciar en el interrogatorio de parte el señor TANCO confiesa haber recibido un pago, si bien él dice que no sabe a qué hace relación eso no es óbice para decir que de pleno derecho no se le pagaron las prestaciones sociales, en consecuencia pues considero honorables magistrados que debe ser analizado este aspecto, además, como se acreditó con los testigos, quienes también fueron beneficiarios de estos pagos de dichas pólizas, y quienes también manifestaron haber recibido el pago, que si bien lo han recibido tardío lo había recibido. En consecuencia, se acredita también de esta manera la buena fe de OPTIMIZAR.

Ahora bien, respecto a la sanción moratoria también presento mi inconformismo, en el sentido que el Despacho no tuvo en cuenta las pruebas allegadas con la contestación de la demanda y una prueba muy importante que fue el certificado de existencia y representación legal, donde obra que claramente la empresa OPTIMIZAR fue admitida a proceso de reorganización desde el 15 de febrero de 2016, desde ese momento la ley, quedamos sometidos a la ley 1116 de 2006, y específicamente al artículo 17, el cual me permito, del cual me permito manifestar unos aspectos importantes, artículo 17:

"Efectos de la presentación de la solicitud de admisión al proceso de reorganización con respecto al deudor. A partir de la fecha de presentación de la solicitud, se prohíbe a los administradores la adopción de reformas estatutarias; la constitución y ejecución de garantías o cauciones que recaigan sobre los bienes propios del deudor, incluyendo fiducias mercantiles, encargos fiduciarios que tengan dicha finalidad; efectuar compensaciones, pagos, arreglos o desistimientos, allanamientos, terminaciones unilaterales o de mutuo acuerdo de procesos en curso; efectuar conciliaciones o transacciones de ninguna clase de obligaciones a su cargo"; y en este mismo parágrafo establece que hay una prohibición legal y cualquier acto celebrado en contra a lo que establece esta norma da lugar a la remoción del administradora, toda vez o el promotor es quien está manejando el proceso de reorganización para ese entonces o de liquidador ya en proceso de liquidación, y este cualquier, pues cualquier decisión que vaya en contravía de esta norma sencillamente genera una serie de sanciones pecuniarias tanto para el promotor, como para el liquidador, en consecuencia está plenamente probado, que desde el momento de la reorganización existe una limitación para manejar los dineros de la empresa que esté sometida a reorganización, como es el caso que nos ocupa.

En consecuencias solicito a los Honorables magistrados que se evalué la condena impuesta a OPTIMIZAR y se, se tenga en cuenta esta fecha de reorganización que es supremamente importante para el momento de tasar esta cuantía pues tan alta que fuimos condenados por concepto de indemnización moratoria, el no haber tenido en cuanto el pago de las prestaciones sociales, que tampoco habría lugar a esto porque claramente se acredita el pago de estas prestaciones al señor TANCO, y así mismo se tenga en cuenta que los demandantes no se hicieron parte dentro del proceso de reorganización en consecuencia pues no tienen vocación de pago, por las condenas que aquí se hayan impuesto. De esta forma dejo sustentado mis, mi sustentación del recurso de apelación, reservándome en la oportunidad procesal me presentaré, me permitiré ampliar.

se declare que entre estos y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. existió una relación laboral, con el primerio del 7 de mayo de 2015 al 30 de septiembre de 2015 y la segunda, del 19 de enero de 2015 al 30 de septiembre de 2015. En consecuencia se condene a esa sociedad, y solidariamente al FONDO NACIONAL DEL AHORRO, a pagarle las prestaciones sociales y vacaciones que se le adeudan, junto con la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., la indexación y las costas[3]. En subsidio, pidieron se declare que su verdadero empleador fue el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES una simple intermediaria, al utilizarse la naturaleza de esta última para mimetizar la verdadera y real existencia de su empleador. En ese orden, se condene al FNA y solidariamente a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. a pagar a su favor las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y vacaciones causadas en vigencia de su contrato de trabajo, dejadas de cancelar en la liquidación, junto con la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T. y la indexación. Mediante auto de 1° de septiembre de 2021, el juzgado aceptó el desistimiento de la demanda respecto de Martha Guillermina Rojas Leguizamón.

Obtuvieron sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones por cuanto se condenó a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. a pagar a favor de los demandantes la indemnización prevista en el artículo 65 del C.S.T., y de IVAN JAVIER TANCO PÉREZ, además, se ordenó el pago de las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones, absolviendo a las encartadas de las demás pretensiones incoadas en su contra. Respecto al pago de prestaciones consideró que la afirmación del representante legal de Optimizar relativa a su pago a favor de los dos demandantes no cuenta con respaldo probatorio; la demandante Paola Alcalá confesó haber recibido el pago de prestaciones en tanto el demandado Javier Tanco refirió haber recibido un pago pero no recuerda el monto, ni a que concepto corresponde. En relación con la indemnización moratoria, a su juicio no es de recibo la situación de un proceso de reorganización para dar por acreditada la buena fe, por lo que determinó la procedencia de la condena por este concepto. Finalmente refirió la inexistencia de solidaridad por parte del FNA, como quiera que no se acreditó que la usuaria hubiera

[3] Es de advertir que en trámite de la audiencia inicial, el apoderado judicial de las convocantes aclaró que el 19 de octubre de 2017 le fueron reconocidas y pagadas a los demandantes CARLOS MARIO RIVEROS NIEBLES y WILSON DARIO AGUDELO LÓPEZ, las prestaciones sociales y vacaciones reclamadas, situación que fue confirmada por OPTIMIZAR S.A., por lo cual, frente a estos, el litigio se fijó únicamente con relación a la procedencia de la sanción moratoria.

actuado como verdadero empleador y la EST como un simple intermediario. Dijo, tampoco se aplica la solidaridad establecida en el artículo 34 C.S.T, como quiera que no se trata de un contratista independiente.

Establecido lo anterior se abordará el estudio del recurso de apelación, en los puntos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (tantum devolutum quantum apellatum).

Así las cosas, en el presente asunto no es objeto de discusión que entre los demandantes y la demandada OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., existió un contrato de trabajo, respectivamente, en virtud de los cuales prestaron sus servicios como trabajadores en misión al FONDO NACIONAL DEL AHORRO, así:

-IVAN JAVIER TANCO PÉREZ del 7 de mayo de 2015 al 30 de septiembre de 2015.

-ASTRID PAOLA ALCALÁ del 19 de enero de 2015 al 30 de septiembre de 2015.

Estos aspectos, además de no haber sido objetados por los recurrentes, se verifican de la documental que milita a folios 109 a 115 y 119 a 124.

Bajo tal derrotero, en primer lugar abordará la Sala el recurso propuesto por la parte actora en relación con la absolución que impartió la juez a quo al FONDO NACIONAL DEL AHORRO, por haber considerado la ausencia de solidaridad, en los términos del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo.[4] frente a la cual la posición reiterada por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicación Nº

[4] *"1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero* ***el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.***

2o) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas. *(Negrillas de la Sala)*

28438 de 20 de febrero de 2007[5], es que el dueño de la obra, debe responder solidariamente por las obligaciones generadas por el empleador o contratista incumplido, **desde luego, si la actividad del beneficiario de la obra, es similar a la del contratista**, situación que ha sido reiterada, entre otras en sentencias con radicación Nº 35864 de 1º de marzo de 2010; SL11655 del 2 de septiembre de 2015 y SL-3774 de 2021[6].

---

[5] *"…**En este caso ocurre, que el Instituto Nacional de Vías fue el dueño de la obra contratada por el contratista empleador incumplido, como lo estableció probatoriamente el Tribunal. Por ello, si bien el numeral 2º del artículo 134B de la Ley 446 de 1998 denunciado por falta de aplicación, da a los jueces administrativos la competencia para conocer de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho originados en una relación laboral de carácter legal y reglamentaria, es innegable que los derechos del demandante se invocaron con fundamento en la vinculación laboral con el contratista y la solidaridad del ente estatal, para efectos de la satisfacción de las deudas provenientes de ella, sin que se discutiera la naturaleza del carácter laboral del contrato que unió al servidor acá demandante, orientándose ésta a la imposición de la condena solidaria.***

Respecto de ello de manera reiterada esta Sala de Casación ha sostenido, que:

"(…)el obligado solidario no es más que un garante para el pago de sus acreencias, de quien, además, el trabajador puede también exigir el pago total de la obligación demandada, en atención al establecimiento legal de esa especie de garantía. Y no por ello puede decirse que se le esté haciendo extensiva la culpa patronal al Municipio demandado. No, la culpa es del empleador, pero los derechos respecto de los salarios, las prestaciones e indemnizaciones (como lo enuncia el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo) que de ella emanan son exigibles a aquel en virtud, como atrás se anotó, de haberse erigido legalmente la solidaridad que estableció el estatuto sustantivo laboral, en procura de proteger los derechos de los asalariados o sus causahabientes".

"'(…)La fuente de la solidaridad, en el caso de la norma, no es el contrato de trabajo ni el de obra, aisladamente considerados, o ambos en conjunto, sino la ley: esta es su causa eficiente y las dos convenciones su causa mediata, o en otros términos: los dos contratos integran el supuesto de hecho o hipótesis legal. Ellos y la relación de causalidad entre las dos figuras jurídicas, son los presupuestos de la solidaridad instituida en la previsión legal mencionada"' (Sent., 23 de septiembre 1960, "G.J.", XCIII, 915).

"No debe perderse de vista que la razón histórica que inspiró la consagración normativa de la solidaridad que hoy ocupa la atención de la Sala, fue evitar que los derechos de los trabajadores fueran burlados cuando los grandes empresarios contrataran la ejecución de una o más obras y los contratistas o subcontratistas no tuvieren la solvencia económica para responder por las acreencias laborales causadas, de tal manera que pudiera acudirse a obligar al beneficiario de ella a satisfacerlas, facultándole a su vez la acción de repetición por lo pagado"(sentencia del 26 de septiembre de 2000, Rad. 14038).

Tal y como lo diferencia la sentencia, la solidaridad proviene de la ley y se constituye en parte del efecto de la responsabilidad, trayendo al responsable solidario como un garante de las obligaciones que emanan del empleador; siendo esa la vinculación entre el trabajador su empleador y el dueño o beneficiario de la obra, mas no el contrato de trabajo, que como se dijo no se alegó respecto de la entidad estatal demandada.

[6] Si el objeto social del contratante no está relacionado con el giro o la actividad del contratista independiente, ni hay afinidad entre ellas, no se configura la solidaridad, pues no basta con que se cubra cualquier necesidad del beneficiario, sino que se requiere que se trate de una función que corresponda al giro ordinario de sus negocios
Tesis:
«[...], la Sala ha reiterado que las actividades contratadas deben ser afines con las labores propias y ordinarias de la parte contratante; y que no cualquier actividad desarrollada por el contratista o el trabajador puede generar el pago solidario de las obligaciones laborales. Así se recordó en la sentencia CSJ SL7789-2016:

Dado lo anterior, es necesario traer a colación el objeto social de cada una de las empresas citadas a juicio, inicialmente el de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., el cual se encuentra dirigido a:

> *"La sociedad tendrá como su único objeto contratar la prestación de servicios con terceros beneficiarios y/o usuarios, para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresas de servicios temporales la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador".*

"[...]

No se trata en absoluto de que el verdadero empleador (contratista independiente) cumpla idénticas labores a las que desarrolla quien recibe el beneficio de la obra, pero tampoco que cualquier labor desarrollada por éste pueda generar el pago solidario de las obligaciones laborales. En los términos del artículo 34 del C.S.T. es preciso que las tareas coincidan en el fin o propósito que buscan empresario y contratista; en otras palabras, que sean afines.

En sentencia del 5 de febrero de 2014 radicación 38651, se dijo sobre el particular:

En las anteriores circunstancias, si el objeto social del Edificio Terminal de Transportes de Ibagué, no está relacionado con el giro o la actividad del contratista que ya se dejó descrita con precedencia, y tampoco emerge alguna afinidad entre ellas, la solidaridad que contempla el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo no puede deducirse en el sub judice, pues el hecho de que la propiedad horizontal deba hacer reparaciones y mantenimiento al edificio, así como cuidar la conservación del mismo, esa sola circunstancia no puede conducir a que se derive la supuesta afinidad que dedujo en forma equivocada el sentenciador de alzada entre las labores que desarrolla el contratante y las que ejecuta el contratista, pues para que esa solidaridad se configure, no basta simplemente que con la actividad desarrollada por el contratista independiente se cubra una necesidad propia del beneficiario, como aquí sucede, sino que se requiere que ella constituya una función normalmente desarrollada por él, directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto económico".

La Corte debe memorar que a través del artículo 34 del CST el legislador simplemente previó un mecanismo para proteger los derechos laborales de los trabajadores y con este objetivo extendió al obligado solidario las deudas que por estos conceptos se generen a cargo del empleador (contratista).

No se trata de otorgarle esta última calidad (empleador) al beneficiario del servicio, sino de prever una garantía frente a los trabajadores. Es claro que el empleador es el contratista independiente, y el dueño de la obra tan solo funge como garante de éste para efectos laborales, salvo cuando se trate de actividades extrañas a sus labores normales, que es precisamente lo que acertadamente aduce la recurrente.

Cierto es que para aplicar esta garantía tuitiva del trabajador, no resulta relevante la naturaleza jurídica oficial del beneficiario del servicio o dueño de la obra, pues lo cierto es que los derechos laborales que se reclaman se fundan en la existencia del vínculo laboral con la contratista, en este caso, con Eduvilia Fuentes, quien obró como empleadora de la demandante.

De ahí que la calidad de entidad pública de la beneficiaria del servicio no incida en la aplicación de la responsabilidad fijada en el artículo 34 del CST, sino que resulta relevante, en este caso particular, que bajo ninguna circunstancia podría la Nación - Ministerio de Educación Nacional, hoy recurrente, prestar directamente el servicio educativo, o vincular o contratar docentes para que lo presten, con lo cual resulta más que evidente que no hay afinidad entre las funciones y competencias del ente público y la actividad desarrollada por el colegio para el cual prestó sus servicios la demandante en instancias, pues aunque ambos se ubican y desenvuelven en el sector educativo, sus roles resultan sustancialmente diferentes, por lo cual es un desatino endilgarle una responsabilidad solidaria que, a todas luces, no existe.

Viene de lo dicho que el cargo prospera y, en consecuencia, queda la Corte relevada de estudiar la segunda acusación».

De otra parte, el objeto social de la demandada FONDO NACIONAL DEL AHORRO, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley 432 de 1998, se determina en los siguientes términos:

> *"ARTICULO 2. OBJETO. El Fondo Nacional de Ahorro administrará de manera eficiente las cesantías y contribuirá a la solución del problema de vivienda y de educación de los afiliados, con el fin de mejorar su calidad de vida, convirtiéndose en una alternativa de capitalización social."*

Así mismo el Fondo Nacional del Ahorro y Optimizar Servicios Temporales S.A. celebraron el contrato No. 275 de 2014 cuyo objeto fue (fl. 64 archivo 01 expediente digitalizado):

> *"(...) Prestación del servicio de une Empresa de Servicios Temporales, que suministre personal en misión que permita cubrir las necesidades de crecimiento y expansión del Fondo Nacional del Ahorro (...)".*

En ese orden de ideas, a juicio de esta Sala de decisión, en el caso de marras no se dan los presupuestos para la procedencia de la declaración de la responsabilidad solidaria, por cuanto cada una de las sociedades tienen objetos sociales diferentes, lo que al tenor de lo dispuesto en el artículo 34 C.S.T conlleva la inexistencia de solidaridad entre ellas y teniendo en cuenta que el hecho de haberse beneficiado el Fondo Nacional del Ahorro de la labor de los demandantes, por sí solo no tiene el alcance de generar la procedencia de la responsabilidad solidaria en los términos previstos en el artículo 34 del C.S.T., procede la confirmación de la decisión de la juez a quo en este sentido.

Ahora, en el evento que la vinculación de los demandantes no se enmarcara dentro de una contratación temporal como trabajador en misión para los casos en que la Ley expone se pueden llevar tales vinculaciones y la relación laboral lo fuera directamente con el FONDO NACIONAL DEL AHORRO como verdadero empleador, siendo en consecuencia la empresa temporal demandada simple intermediaria, y por tanto responsable solidaria de las obligaciones a favor de los trabajadores, se estaría accediendo a lo pretendido de manera subsidiaria en el escrito introductor, situación que no luce posible dada la prosperidad de las pretensiones principales, lo que conllevó que la juez a quo no analizara las solicitudes subsidiarias.

Recuérdese, cuando se acude a la figura procesal de la acumulación de pretensiones, en "principales y subsidiarias", es claro que el operador judicial

necesariamente procede a su estudio en dicho orden; es decir, hace el análisis de las pretensiones fijadas como principales y solo de no ser acogidas, acude al análisis de las solicitudes subsidiarias.

En ese orden, como quiera que la juez a quo declaró la existencia de un contrato de trabajo de cada uno de los demandante con Optimizar servicios Temporales S.A., es decir, acogió las pretensiones principales de la demanda, no acometió el estudio de las pretensiones subsidiarias, ni adoptó ninguna decisión frente a ellas, esta Sala de Decisión carece de competencia funcional para pronunciarse sobre ellas.

Frente al pago de prestaciones que afirma la apoderada de OPTIMIZAR haberse efectuado a favor del demandante IVAN JAVIER TANCO PÉREZ, alega como sustento sus propias afirmaciones a instancias de interrogatorio de parte, en calidad de representante legal de la citada Empresa de Servicios Temporales, aseveraciones a que la juez a quo no dio ningún valor, por advertir que no cuentan con ningún respaldo probatorio.

Al tema recuerda la Sala, el interrogatorio de parte tiene como finalidad formar el convencimiento del juez, en caso que se configure una confesión, la que deviene únicamente respecto a hechos que perjudican al declarante o favorezcan a la contraparte y en ese orden, no pueden tenerse por ciertas las afirmaciones de la representante legal de Optimizar S.A. relativas a haber pagado las prestaciones y vacaciones al demandante Iván Javier Tanco Pérez, como quiera que es una afirmación que favorece a dicha convocada y no cuenta con ningún respaldo probatorio, pues como lo advirtió la juez de conocimiento, en el expediente no obra ningún medio de prueba que acredite el pago de dichos conceptos a favor del citado demandante, lo que deviene en la confirmación de la condena en este sentido.

Ahora, en relación con la indemnización moratoria, se duele la apoderada de OPTIMIZAR S.A. que la juez a quo no hubiera tenido en cuenta que su representada entró en proceso de reorganización en el año 2016, trámite por virtud del cual, a partir de su apertura no tenía la posibilidad de disponer de su capital para adelantar el pago de prestaciones.

Sentado está por la jurisprudencia, que la indemnización moratoria no procede de manera automática, sino que ha de analizarse la buena o mala fe con la que actuó el empleador[7], examinando la situación específica del mismo en cada caso; de tal manera, en el sub judice, la empresa demandada OPTIMIZAR S.A. –empleadora- debió pagar las acreencias laborales de cada uno de los demandantes el 30 de septiembre de 2015, fecha en la cual se terminó el contrato de trabajo de cada demandante con OPTIMIZAR S.A.

Ahora, a partir de la fecha de presentación de la solicitud de admisión a proceso de reorganización se encuentra prohibido ejercer algunos actos a los administradores, sin la previa autorización del Superintendente de Sociedades, como en este caso sería el pago, transacción o conciliación de la obligación a su cargo por cuenta del crédito laboral de los demandantes, tal como así lo prevé el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006, el cual reza:

> *"ARTÍCULO 17. EFECTOS DE LA PRESENTACIÓN DE LA SOLICITUD DE ADMISIÓN AL PROCESO DE REORGANIZACIÓN CON RESPECTO AL DEUDOR. A partir de la fecha de presentación de la solicitud, se prohíbe a los administradores la adopción de reformas estatutarias; la constitución y ejecución de garantías o cauciones que recaigan sobre bienes propios del deudor, incluyendo fiducias mercantiles o encargos fiduciarios que tengan dicha finalidad; efectuar compensaciones, pagos, arreglos, desistimientos, allanamientos, terminaciones unilaterales o de mutuo acuerdo de procesos en curso; conciliaciones o transacciones de ninguna clase de obligaciones a su cargo; ni efectuarse enajenaciones de bienes u operaciones que no correspondan al giro ordinario de los negocios del deudor o que se lleven a cabo sin sujeción a las limitaciones estatutarias aplicables, incluyendo las fiducias mercantiles y los encargos fiduciarios que tengan esa finalidad o encomienden o faculten al fiduciario en tal sentido; salvo que exista autorización previa, expresa y precisa del juez del concurso".*

---

[7] *"...Esta Sala de la Corte, desentrañando el sentido de la norma transcrita y buscando evitar injusticias en su aplicación automática, ha dicho en multitud de ocasiones: "El entendimiento del artículo 65 del C. S. del T. conlleva a la luz de la jurisprudencia, la apreciación de los elementos subjetivos de mala fe o buena fe para la aplicación de la norma. La sanción por ella consagrada no opera de plano sobre los casos de supuestas prestaciones sociales no satisfechas por el patrono, ya que tal indiscriminada imposición de la pena pecuniaria es una aberración; contraría las normas del derecho que proponen el castigo como correctivo de la temeridad, como recíproco del ánimo doloso" (Sent. del 9 de abril de l.959, G. J. T. XC, p. 423, reproducida, entre muchas otras, en las del 20 de mayo de l.963 y el 20 de julio de 1.968).*

Con respecto a la prueba de los elementos subjetivos aludidos, también como desarrollo jurisprudencial de esta Corporación, se ha dicho que el empleador sólo se libera de la indemnización a que alude la disposición en cita, demostrando que su actitud reticente obedeció a motivos valederos que evidencian sin lugar a dudas su buena fe." (Sentencia de junio 13/91 Extractos de Jurisprudencia Tomo 6, 2o. trimestre 1.991).

Al tenor de lo anterior, resulta claro para la Sala, una vez presentada la solicitud de admisión a proceso de reorganización de la sociedad OPTIMIZAR S.A., y habiendo sido admitida la compañía, a esta no le era posible realizar pagos sin la autorización del Superintendente de Sociedades, situación que la ubica en el campo de la buena fe en el impago de las acreencias correspondientes a los demandantes, a partir de dicha calenda –admisión del proceso de reorganización-, que en el caso ocurrió el 15 de febrero de 2016 *(expediente virtual archivo 01. Expediente digitalizado 2016 -5016.pdf, folios 161-166)*

Así entonces, a juicio de la Sala, si bien las circunstancias de insolvencia del empleador y sus consecuencias, no pueden ser trasladadas al trabajador, si puede apreciarse en el asunto que se estudia, la empresa demandada OPTIMIZAR S.A. actuó en ejercicio de las órdenes impartidas por la Superintendencia de Sociedades, en cuanto se determinó la imposibilidad de hacer pagos relacionados con sus obligaciones, por lo que la mala fe de OPTIMIZAR S.A. por su omisión en el pago se desvirtúa a partir de su admisión en el proceso de reorganización, que en el caso de autos, se insiste, ocurrió el 15 de febrero de 2016. En similar sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en sentencia del 5 de octubre de 2005, radicado 25456[8].

---

[8] *"(...) Cuando la colegiatura resuelve la segunda instancia, plasmó como argumentos para confirmar la indemnización moratoria, que por el incumplimiento del deber de cancelar en forma oportuna las prestaciones sociales se presumía la mala fe, lo que ocurría por no haberse demostrado la razón de su incumplimiento, habiéndose aceptado en la primera audiencia de trámite que no se había cancelado las prestaciones sociales, con el argumento de que ello se debió a que se trataba de procesos que conllevaban a una liquidación, que conforme a la ley facultaban al liquidador para convocar a las personas que se creyeran con derecho a realizar algún reclamo.*

Agregó el Tribunal, que es cierto que la jurisprudencia ha tenido en cuenta que el trabajador participa de las ganancias y no de las pérdidas y que el proceso de liquidación de la empresa no la exoneraba del pago oportuno de los derechos sociales al momento de finiquitar el contrato.

El censor argumentó, que la sociedad demandada "se encuentra en proceso de liquidación forzada por decisión autónoma de la Superintendencia Nacional de Salud, "y que la causa o motivo de la terminación de los contratos de trabajo no se le podían imputar", para lo cual se apoyó en la jurisprudencia donde la Corte consideró que la situación de iliquidez y de insolvencia de una sociedad, cuya liquidación obligatoria era decretada por la autoridad competente, se convertía en un factor que evitaba la imposición de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C. S. del T., dado que las consecuencias de dicha liquidación impedían la viabilidad de la empresa como unidad de explotación económica y generadora de fuente de empleo.

Pero es de advertir, que la regla sentada por la Corte no puede considerarse como absoluta hasta el punto de que siempre que una empresa se encuentre en estado de liquidación obligatoria, ese hecho automáticamente la exonere de la referida sanción, pues aún encontrándose en ese estado, es posible que incurra en actos que demuestren mala fe en el no pago de salarios y prestaciones adeudados a la terminación del contrato de trabajo.

Tampoco puede admitirse como premisa general que las situaciones de iliquidez o de insolvencia y la intervención económica estatal sean circunstancias que impongan necesariamente la sanción regulada por el citado artículo 65 del Estatuto Sustantivo Laboral, como así lo dejó definido la Corporación, verbigracia en la sentencia del 10 de octubre de 2003, radicación 20764, en la que además recordó que los <los jueces deben valorar previamente, sin esquemas preestablecidos, la conducta del empleador renuente al pago de los salarios y prestaciones adeudados a un trabajador al momento de la terminación del contrato para efectos de determinar si dicha renuencia es o no de buena fe>.

No obstante lo acotado, en el asunto de marras, debe decirse que el Tribunal edificó la condena por la indemnización cuestionada por el recurrente en una incorrecta interpretación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, porque, a pesar de admitir que la demandada está en proceso de liquidación, tal como lo había expuesto la defensa, citando para el efecto y como apoyo jurídico el Decreto 663 de 1993 y la Ley 510 de 1999, no la consideró de buena fe, no sólo porque el trabajador no participaba de los riesgos o pérdidas sino de las ganancias como lo dice el Art. 28 del C.S.del T., sino porque estimó que no estaba exonerada de hacer la liquidación de las prestaciones <e incluir al trabajador dentro de los créditos de la entidad, haciéndolo parte dentro del respectivo proceso>.

Como bien puede observarse, el ad quem reconoció que la accionada estaba en proceso de liquidación por intervención de la Superintendencia Nacional en Salud conforme al Decreto 663 de 1993 y Ley 510 de 1999, y sin más investigación le fulminó condena por indemnización moratoria, no percatándose que en las Sociedades donde el Estado entra a mediar a través del Ministerio de Salud – Superintendencia Nacional de Salud -,conforme al Inciso 3º del Art. 116 de la Carta Política y artículo 116 del Decreto 663 de 1993, en armonía con los cánones 23, 24 y 25 de la Ley 510 de 1999 y 28 a 32 del Decreto1922 de 1994, tiene la facultad de ordenar la toma de posesión para liquidar la sociedad, cuando se de alguna de las causales contempladas en la ley, como ocurrió en el asunto en estudio según se colige de la resolución 1052 de Junio 1º de 2001, en la que entre otras disposiciones ordenó la suspensión de pagos de las obligaciones causadas hasta el momento de la toma de posesión y la separación de los Administradores y Directores de sus cargos, entrándose a nombrar el respectivo liquidador, que si bien es cierto continua representando a la entidad, debe ceñirse a las funciones y responsabilidad que le señala la ley.

Lo acotado indica, que a partir del ordenamiento de la toma de posesión para liquidar la empresa, decretada por resolución 1052 de Junio 1º de 2001, el liquidador no podía hacer ningún pago de obligaciones, porque se había suspendido; de allí que la defensa de la accionada, se hubiera fundado en que no se le podía imputar mala fe en la no cancelación de los salarios y prestaciones sociales debidos, pues todo obedecía a los trámites propios del proceso de liquidación social, elemento suficiente como constitutivo de buena fe; entendiéndose por ella la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente al trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos, de fácil comprensión por el Juzgador, valiéndose de todos los elementos de juicio que estén a su disposición.

Sobre el tema debatido dijo esta Sala, en sentencia del 31 de mayo de 2001, radicación 15571, lo siguiente:

<Sin duda el Tribunal Superior no apreció adecuadamente los elementos de juicio a que se refiere el ataque, pues si bien descartó la buena fe de la demandada al no cancelar los salarios y prestaciones sociales debidos a la finalización del contrato de trabajo, con fundamento en que sus dificultades económicas no la excusaban de cumplir con las obligaciones laborales, no se detuvo a analizar las consecuencias de toda índole derivadas del hecho de que la sociedad Quintex se hallara en liquidación obligatoria.

"En efecto, tal situación comporta el reconocimiento estatal, por conducto de la Superintendencia de Sociedades, de una extrema insolvencia que impide la viabilidad de la empresa hasta el punto de concluirse que solo procede la realización de los bienes sociales, para obtener en forma ordenada y con arreglo a la ley el pago de las obligaciones pendientes. Para el caso,
ello se desprende en forma manifiesta del documento visible a folios 221 a 226 del expediente, en cuanto contiene el auto 4350 de 3 de septiembre de 1996, mediante el cual la mencionada Superintendencia dispuso, entre otras cosas, abrir el trámite de liquidación obligatoria de Quintex, embargar y secuestrar todos sus bienes, haberes y derechos y designar un liquidador.

"De otra parte, con arreglo al documento de folios 137 a 144, el liquidador y representante de la sociedad se dirigió al Ministerio del Trabajo aduciendo en suma que la liquidación obligatoria configura una fuerza mayor que suspende los contratos de trabajo y entre otras razones expuso:

"<Se observa entonces que la decisión no es por responder a una manifestación de voluntad de los administradores, ni de los acreedores, accionistas o trabajadores de la empresa, sino un acto de autoridad

Así las cosas, en el presente asunto no es objeto de discusión que entre cada uno de los demandantes y la enjuiciada OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., se celebró un contrato de trabajo por obra o labor, en virtud de los cuales prestaron sus servicios como trabajadores en misión al FONDO NACIONAL DEL AHORRO, así:

a) IVAN JAVIER TANCO PÉREZ entre el 7 de mayo de 2015 y el 30 de septiembre de 2015 en el cargo de PROFESIONAL II, último salario de $5’200.000,oo y b) ASTRID PAOLA ALCALA GRACIA entre el 19 de enero de 2015 y el 30 de septiembre de 2015 en el cargo de PROFESIONAL IV, último salario de $4’500.000,oo, aspectos que además de no haber sido objetados por la parte recurrente, se verifican de la documental que milita a folios 103,105, 115, 124 *(expediente digital archivo “01. Expediente digitalizado 2016-00516.pdf”).*

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala modificará el monto de la condena impartida por la juez a quo, a cargo de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.S. por concepto de indemnización moratoria, asi:

DEMANDANTE	SALARIO	FECHA FIN CTO.	FECHA REORGANIZACION	DIAS MORA	VR. MORATORIA
IVAN JAVIER TANCO P.	$5'200,000,oo	30 SEPT. 2015	15 FEB. 2016	45	$7'800,000
ASTRID PAOLA ALCALA	$4'500,000,oo	30 SEPT. 2015	15 FEB. 2016	45	$6'750,000

En los términos anteriores, agotada como se encuentra la competencia de la Sala.

---

competente, pues impone la voluntad legal ocurrida la causal para la decisión, sin que ninguna de las anteriores personas (...) tenga la posibilidad de resistirlo.

“<“La liquidación de la empresa trae implícita la disolución de la persona jurídica, para todos los efectos legales, situación de fuerza mayor que impide el cumplimiento del objeto para el cual fueron contratados los trabajadores...>.

“Desde otro enfoque, es patente que el entendimiento de suspensión del contrato de trabajo ante la liquidación obligatoria, fue responsabilidad del liquidador, así como el no pago de las deudas laborales exigibles a la terminación del nexo. Ello se reconoce en la propia carta de renuncia (ver, folios 3 y 4), pero igualmente es dable desprenderlo del hecho de la liquidación. Y si bien éste funcionario actúa como representante legal, también emerge que su misión fundamental está en lograr una liquidación patrimonial rápida, progresiva y con arreglo a la ley.

“Pues bien de éstos elementos de juicio se impone concluir que la actitud del liquidador frente al demandante, obedece exclusivamente al ánimo de ejecutar cabalmente sus atribuciones y no al interés de perjudicarlo, por lo que resulta ostensible la buena fe de la sociedad en liquidación>".

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **TERCERO** de la sentencia proferida por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a la demandada OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. a reconocer y pagar a favor de los demandados las siguientes sumas a título de indemnización moratoria de que trata el artículo 65 C.S.T.

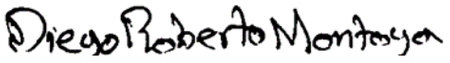
A favor de Iván Javier Tanco Pérez $7’800.000,oo

A favor de Astrid Paola Alcalá Gracia $6’750.000,oo

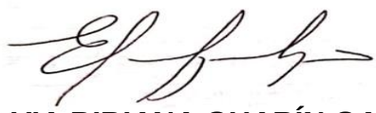
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por la Juez 36 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR GERMAN ANTONIO CASTAÑO GÓMEZ CONTRA CARACOL S.A. Y COMPAÑÍA DE COMUNICACIONES DE COLOMBIA S.A.S. (RAD. 36 2018 00677 01)

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la demandada CARACOL S.A. (folio 4), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente,

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la demandada CARACOL S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante frente a la sentencia proferida por la Juez Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 20 de octubre de 2021 (*Audiencia Virtual de trámite y juzgamiento, Art. 80 del C.P.T y la S.S., carpeta 07. Audiencia 20.10.2021- 2018-00677, archivo, récord: 51:56:51*), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** que, entre el señor GERMÁN ANTONIO CASTAÑO GÓMEZ y CARACOL PRIMERA CADENA RADIAL COLOMBIANA S.A., existe un contrato de trabajo, desde el 1° de octubre de 1989, el cual se encuentra vigente a la fecha.*
>
> ***SEGUNDO: ABSOLVER** a CARACOL PRIMERA CADENA RADIAL COLOMBIANA S.A. y a la COMPAÑÍA DE COMUNICACIONES DE COLOMBIA S.A.S., de todas las pretensiones incoadas en su contra.*
>
> ***TERCERO: SIN COSTAS** en esta instancia.*

> ***CUARTO: CONSÚLTESE*** *con el Superior la presente sentencia, en caso de no se objetó del recurso de apelación por el extremo accionante".*

Inconforme con la decisión, el apoderado de la demandada CARACOL S.A. a apeló solicitando se revoque la declaratoria de existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y su representada.

Como su sustento de su solicitud afirmó, se encuentra acreditado en las diligencias que el demandante nunca prestó sus servicios a CARACOL S.A. y por esta razón no se puede colegirse la presencia de un contrato de trabajo con dicha encartada, en los términos del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo e indicó tampoco concurrieron los elementos de subordinación y salario.

Refirió, la juzgadora basó su decisión en las declaraciones de los testigos quienes afirmaron ser empleados de Caracol S.A. y le daban instrucciones o ejercían subordinación sobre el demandante; sin embargo, dejó de lado que el demandante confesó que su empleador siempre fue la demandada Compañía de Comunicaciones de Colombia, a la que estaba subordinado y le paga a su salario y prestaciones y eran los empleados de esa sociedad quienes le daban órdenes y le indicaban la forma en que debía realizar sus actividades.

Finalmente solicitó, que en el hipotético caso que se confirme la declaración de existencia de un contrato de trabajo con su prohijada, no se tenga como extremo inicial el año 1989, sino desde cuando operó la sustitución patronal, cuando la Compañía de Comunicaciones de Colombia asumió como empleador del demandante[1] (*Audiencia Virtual de trámite y juzgamiento, Art.*

---

[1]**Apoderado demandada (52:35):** Si solo es un minuto, verificar un dato y ya. Listo, Gracias señora juez teniendo en cuenta la sentencia que se dicta en esta audiencia presento respetuosamente el recurso de apelación en contra de la misma, para que sea el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá revoque el numeral primero de la sentencia proferida en esta diligencia, es decir, la declaración de existencia del contrato de trabajo del demandante con Caracol S.A.

Como sustento de la apelación se tiene que efectivamente el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo pues trae los elementos que constituyen la relación de trabajo, entre ellas la prestación personal del servicio, la subordinación, y un salario, dentro de este tramite es claro y evidente como quedo demostrado en la diligencia que el demandante nunca prestó sus servicios a Caracol S.A, en razón a ello ya desaparecerían por si solo los demás elementos,

80 del C.P.T y la S.S., carpeta 07. Audiencia 20.10.2021- 2018-00677, archivo, récord: 52:35),

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante, las pretensiones relacionadas en el correspondiente acápite de la demanda *(archivo 01. Expediente digitalizado, páginas 76 y 77, expediente digital)*, las cuales se fundan en los hechos relatados en el libelo (fls 77 y 78 ibídem) aspirando se declare que entre éste y la demandada CARACOL S.A. existe un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1° de octubre de 1989 y a la fecha; se declare que en el año 1994, dicha entidad modificó sus funciones de operador de sonido a las de grabador y en el año 2012, además le asignó

---

pues el primero y el primer elemento que es la prestación personal del servicio pues es el que le da paso a los demás. en razón de ello, teniendo en cuenta que nunca hubo una prestación personal por parte del demandante para Caracol, pues no podría colegirse un contrato de trabajo con Caracol S.A.

A parte de lo anterior, se tiene que pues tampoco existe el elemento de la subordinación y muchos menos el elemento salario, el despacho se basa en que los testigos traídos a esta diligencia pues se pronunciaron a que eran los empleados de Caracol que le daban las instrucciones o ejercían la subordinación sobre el demandante, para con ello sustentar la existencia de un contrato de trabajo pero dejo de lado o de parte el despacho las manifestaciones y las confesiones realizadas por el demandante en cuento quien había sido su empleador, y quien ejercía pues la mencionada subordinación alegada y discutida en este proceso. Esa subordinación el demandante claramente indicó que siempre fue la COMPAÑÍA CCC, de igual forma el demandante confesó que era esta empresa quien le pagaba su salario y sus prestaciones y además era los trabajadores de esta compañía quienes realizaban o le daban todas las ordenes y sobre la forma de realizar sus actividades, en razón a ello pues tampoco se da el elemento de la subordinación para que se declare la existencia de ese contrato de trabajo dentro de este proceso y finalmente el salario pues como ya lo dije y se reitera pues tampoco nunca fue pagado por la parte de la compañía CARACOL S.A.

Ahora bien, declara el despacho que la mencionada relación de trabajo debe tenerse en cuenta desde 1989 sobre lo cual y en el hipotético caso que el Tribunal considere que efectivamente que hay un contrato de trabajo, pues se debe manifestar que dicha relación debe operar desde la sustitución patronal que se dio en su momento cuando CCA asume el empleador del demandante y no con anterioridad al mismo.

Así las cosas y con base a lo anteriormente expuesto dejo sustentado el recurso de apelación para que sea el Tribunal Superior de Distrito Judicial quien revoque el numeral primero de la sentencia proferida en esta instancia y se confirme en lo demás.

funciones de codificación pero no le aumentó su salario por adelantar estas nuevas funciones. Como consecuencia de estas declaraciones se condene a CARACOL S.A. a pagar la diferencia salarial generada por sus nuevas funciones, así como la diferencia entre los aportes a seguridad en pensión, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y vacaciones, la indexación y las costas del proceso.

Obtuvo sentencia de primer grado parcialmente favorable a sus aspiraciones por cuanto se declaró que entre el demandante y CARACOL S.A. existe un contrato de trabajo desde el 1° de octubre de 1989, pero se absolvió a las demandadas de las pretensiones de condena incoadas en su contra. Para arribar a esa conclusión consideró que los medios de prueba recaudados, especialmente los testigos, quienes son empleados de Caracol, fueron coincidentes en señalar que el actor presta sus servicios en beneficio de Caracol S.A.; incluso una de las testigos afirmó ser la jefe inmediata del actor, quien le da órdenes e instrucciones, lo que le permitió concluir que la subordinación ha sido ejercida por Caracol S.A. y no por la Compañía de Comunicaciones de Colombia S.A.S. Frente a la nivelación salarial solicitada, estimó que no se acreditó en el plenario que el demandante se encuentre en las mismas condiciones de trabajo que las personas que desarrollan funciones de codificación en la ciudad de Bogotá; ni siquiera se planteó en la demanda respecto de que empleado pretendía la nivelación salarial.

De tal manera, habida cuenta que se conoce del presente proceso además de los motivos de la alzada, en el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, se abordará el estudio de la procedencia de las pretensiones de la demanda. Bajo tal entendido, la existencia del contrato de trabajo entre el demandante y la sociedad CARACOL S.A., es el primer aspecto que corresponde analizar en esta instancia, a lo que se procederá a continuación.

El artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo, 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. Por su parte, el canon 24 de la misma obra, prevé que se presume que toda relación de trabajo

personal está regida por un contrato de trabajo, lo que significa que una vez demostrada la prestación personal del servicio por quien alega el vínculo, ha de presumirse que estuvo regulada por un contrato de tal estirpe; sin embargo, debido al carácter legal de dicha presunción, la misma es susceptible de ser derruida por el presunto empleador que la soporta, demostrando que el vínculo fue de naturaleza diferente a la laboral.

En consecuencia, para descartar el elemento esencial de la subordinación, incumbe a quien ha sido señalado como empleador probar que, no obstante tratarse de un servicio personal, éste no fue continuado sino instantáneo, que no fue subordinado o dependiente sino autónomo, o que no hubo salario sino el precio de una obra o el valor de unos honorarios, 3 modalidades que pueden conducir a la determinación de la existencia de una relación jurídica de contenido ajeno al derecho del trabajo.

Esa presunción ha sido objeto de análisis por la jurisprudencia, en sentencia SL6621-2017 radicación No. 49346:

> *"…el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que toda relación de trabajo personal se presume regida por un contrato de trabajo, regla que le otorga un alivio probatorio al trabajador puesto que le basta demostrar la ejecución personal de un servicio para que se presuma en su favor la existencia de un vínculo laboral. En contraste, al empleador le incumbe desvirtuar el hecho presumido a través de elementos de convicción que acrediten que el servicio se ejecutó de manera independiente y autónoma."*

Igualmente se recuerda que el artículo 53 Superior, establece la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales. Cabe advertir, que como bien lo ha indicado la jurisprudencia, además de acreditar la prestación personal de servicios, le compete al trabajador, acreditar los extremos temporales, el monto del salario, la jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario, entre otros.

Considerando los presupuestos normativos y jurisprudenciales expuestos, pasa el Despacho al estudio de los elementos materiales de prueba aportados al expediente a fin de verificar si acreditó o no la existencia de una prestación personal del servicio por parte del demandante a favor de CARACOL S.A.

Como medios de prueba en este sentido, obra contrato de trabajo a término fijo celebrado entre Germán Antonio Castaño Gómez y la sociedad Radio Bolívar Sonora S.A. con fecha de inicio 25 de octubre de 1989 ***(archivo 01. Expediente digitalizado, páginas 180 a 183, expediente digital)*****,** en el que figura otrosí, relativo a que la sociedad *"COMPAÑÍA DE COMUNICACIONES DE COLOMBIA LTDA., sustituye patronalmente a partir del primero (1°) de febrero de dos mil uno (2001), al trabajador GERMÁN ANTONIO CASTAÑO, haciéndose cargo de la totalidad de prestaciones causadas como trabajador de la sociedad RADIO BOLIVAR SONORA S.A.".* Obran también certificaciones laborales expedidas por la citada sociedad, en que hizo constar su relación de trabajo con el actor *(págs185 y ss. Ibídem).*

A folio 184 ibídem obra comunicación dirigida al demandante de fecha 21 de octubre de 1994, donde se le informa su cambio al cargo de grabador, así como la modificación de su asignación salarial, firmado por el vicepresidente administrativo de Radio Bolivar, pero con membrete de CARACOL.

Santa Fe de Bogotá D.C. 21 OCT. 1994

Señor
GERMAN CASTAÑO GOMEZ
Cali

Nos permitimos informarle que la Dirección de la Empresa, determinó trasladarla a desempeñar el cargo de grabador, modificándole su salario básico a la suma de ciento cuarenta mil pesos ($140.000.oo) M/Cte, con vigencia a partir del 1o. de octubre de de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Atentamente,

RADIO BOLIVAR SONORA S.A., VICEPRESIDENCIA ADMINISTRATIVA

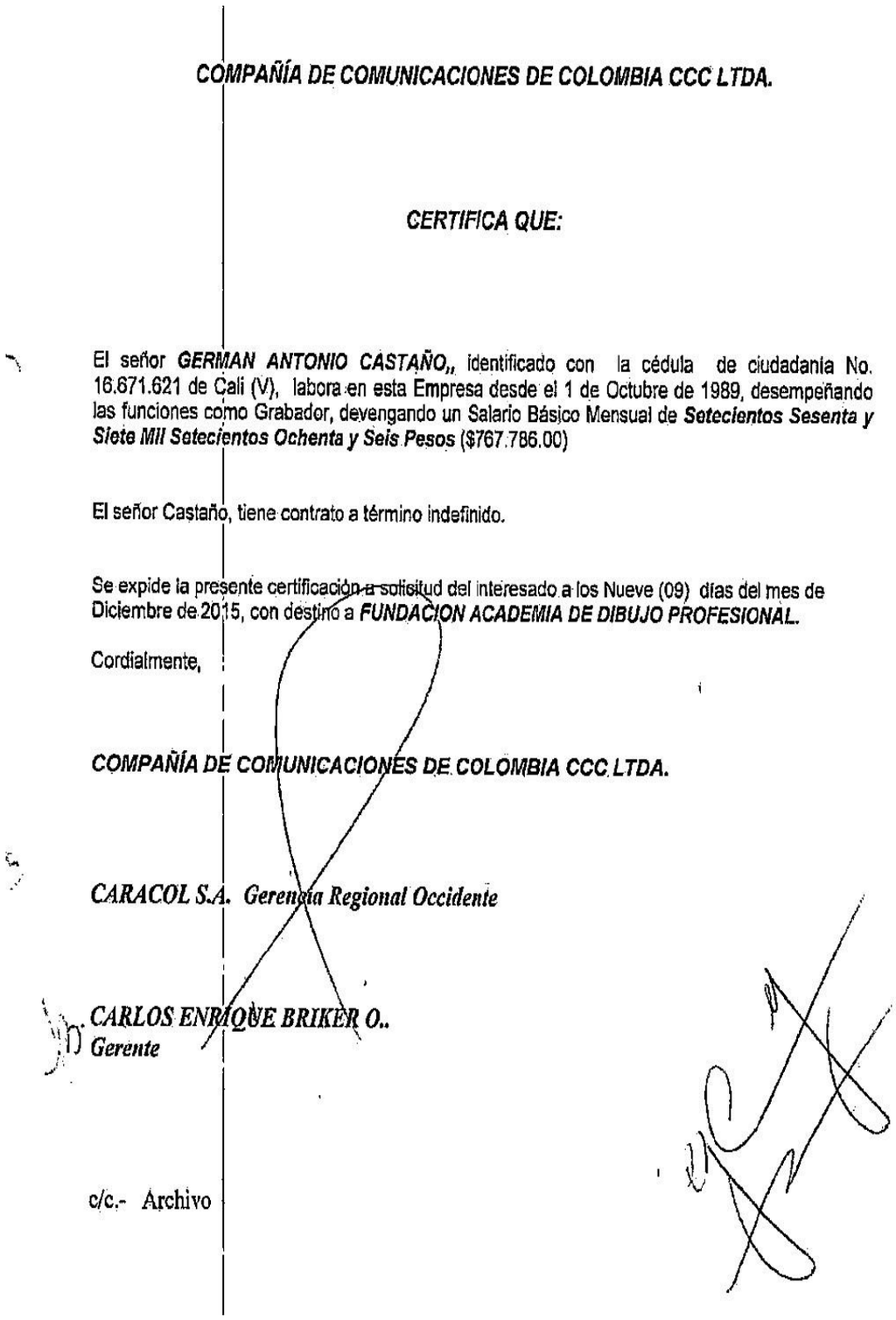
VICTOR JULIO NIÑO GALVEZ
Vicepresidente

copia: Hoja de Vida
Archivo

AVP/csc

CARACOL

Obra documento adiado 9 de diciembre de 2015 ***(archivo 01. Expediente digitalizado, página 216 expediente digital)***, mediante el que la Compañía de Comunicaciones de Colombia CCC Ltda certifica la existencia de un contrato de trabajo con el aquí demandante desde el 1° de octubre de 1989, pero que fue suscrito por el gerente regional occidente de Caracol S.A.



COMPAÑÍA DE COMUNICACIONES DE COLOMBIA CCC LTDA.

CERTIFICA QUE:

El señor ***GERMAN ANTONIO CASTAÑO,,*** identificado con la cédula de ciudadania No. 16.671.621 de Cali (V), labora en esta Empresa desde el 1 de Octubre de 1989, desempeñando las funciones como Grabador, devengando un Salario Básico Mensual de ***Setecientos Sesenta y Siete Mil Setecientos Ochenta y Seis Pesos*** ($767.786.00)

El señor Castaño, tiene contrato a término indefinido.

Se expide la presente certificación a solicitud del interesado a los Nueve (09) días del mes de Diciembre de 2015, con destino a ***FUNDACION ACADEMIA DE DIBUJO PROFESIONAL.***

Cordialmente,

COMPAÑÍA DE COMUNICACIONES DE COLOMBIA CCC LTDA.

CARACOL S.A. Gerencia Regional Occidente

CARLOS ENRIQUE BRIKER O..
Gerente

c/c.- Archivo

En igual sentido, reposa documento de fecha 31 de agosto de 2018(***archivo 01. Expediente digitalizado, página 217expediente digital)*****,** donde se anuncia que la Compañía de Comunicaciones de Colombia CCC Ltda certifica la existencia de un contrato de trabajo con el demandante, pero que fue suscrito por Francy J. Bernal Cortés, en calidad de jefe regional occidente de Caracol S.A.

COMPAÑÍA DE COMUNICACIONES DE COLOMBIA CCC LTDA.

CERTIFICA QUE:

El señor ***GERMAN ANTONIO CASTAÑO,,*** identificado con la cédula de ciudadanía No. 16.671.621 de Cali (V), labora en esta Empresa desde el 1 de Octubre de 1989, desempeñando las funciones como Grabador, devengando un Salario Básico Mensual de ***Un Millón Cincuenta y Tres Mil Quinientos Setenta y Cuatro Pesos*** ($1.053.574.00)

El señor Castaño, tiene contrato a término indefinido.

Se expide la presente certificación a solicitud del interesado a los Treinta y un (31) días del mes de Agosto de 2018, con destino a ***QUIEN INTERESE.***

Cordialmente,

COMPAÑÍA DE COMUNICACIONES DE COLOMBIA CCC LTDA.

CARACOL S.A. Jefatura Regional Occidente

FRANCY J. BERNAL CORTES
Jefe

c/c.- Archivo

A folios 235 a 237 ibídem obra formato de descripción del cargo de grabador, que hace alusión, en el que se enlistan como funciones del cargo las de operar la consola y equipos periféricos y aplicaciones asociadas, grabar comerciales y producirlos, grabar programas y / transmisiones especiales, recibir y descargar material de pauta de Bogotá y otras ciudades, enviar materiales a otras ciudades, codificar audios y subirlos al sistema.

Declaró Jorge Alberto Díaz Gómez, representante legal de la demanda Caracol S.A. *(carpeta 05 audiencia 02.09.2021, archivo 01. record 01:06:45).* Refirió, el cargo de codificador no existe en Caracol S.A. ni tampoco en CCC S.A.S. El cargo de grabador tiene unas funciones relacionadas con la operación de las consolas y los equipos de los estudios donde se realizan las grabaciones, grabación de comerciales, grabación y producción de pautas, recibir pautas nacionales e incluirlas en los sistemas locales, realizar la codificación de los audios y subirlos al sistema; explicó que la codificación es una de las funciones del grabador.

Absolvió interrogatorio Germán Antonio Castaño Gómez *(carpeta 05 audiencia 02.09.2021, archivo 01. record 01:20:00).* En lo que interesa al asunto bajo análisis, aceptó que firmó contrato de trabajo con la sociedad CCC S.A.S., entidad que le paga su salario y prestaciones sociales; sin embargo afirmó que su jefe inmediata y quien le imparte órdenes es la señora Francy Jacqueline Bernal y la mayoría de los comunicados que recibe provienen de Caracol Radio S.A. Relató, en el año 1989 comenzó su labor como operador de sonido, después le dieron el cargo de grabador que actualmente desempeña. Sus funciones en ese cargo son las de grabar comerciales, editar, recibir y enviar pautas, desde el año 2012 por medio de un memorando se le impuso la función de codificar, las tuvo que realizar porque si no lo hacía lo llamaban a descargos. La función de codificar es muy diferente a la grabación. Hoy en día existe un departamento que se llama “pautas” que se encarga de esta función. Reiteró es una función, no un cargo. Adelantó la función de codificación hasta junio del año 2016 porque el sistema cambió y hoy en día existe el departamento de pautas que adelanta esa función. Explicó, codificar consiste en que cuando llegan pautas publicitarias, se les asigna un nombre y un número y se ingresan al sistema. Es una labor dispendiosa, a veces no alcanzaba a almorzar, o los viernes se debía quedar hasta las seis de la tarde, podía dedicar 2 o 3 horas a esta función.

El testigo Francisco Alfonso Gaitán *(carpeta 05 audiencia 02.09.2021, archivo 01. Record 48:40).* Empleado de Caracol Radio desde hace 25 años, se desempeña como coordinador nacional de pautas desde el año 2003, refirió conocer al demandante con quien ha tenido contacto frecuente debido a su función de grabador en la empresa, que está muy ligada al área de pautas que él maneja. El actor debe estar al tanto de asuntos de otras ciudades, como verificar la calidad de los materiales y pautas legales. Señaló que el actor tiene asignadas también funciones de codificación, que no son naturales de una persona de grabación.

Rindió declaración Francy Jackeline Bernal Cortés *(carpeta 05 audiencia 02.09.2021, archivo 01. Record 27:52),* Jefe administrativo de Caracol Radio regional occidente, trabaja en la empresa desde el año 2011. Afirmó ser la jefe inmediata de Germán Antonio Castaño Gómez, quien se desempeña como

grabador; le da instrucciones como subir o bajar audios del sistema, solicita espacios para realizar grabaciones, edición de materiales o transmisiones especiales que requiera la cadena, que pueden ser desde Bogotá o de otra ciudad; manejo de sistema "DALET" colocar los audios en las plataformas que Caracol maneja para la emisión de pauta, verificación de audios continuos, hacer revisiones puntuales de las emisiones. Le consta que el demandante tiene firmado un contrato con Compañía Comunicaciones Colombia. En la regional occidente es el único trabajador que desempeña el cargo de grabador, quien tiene a cargo la grabación, edición y producción de audios y materiales. Codificar consiste en asignar un código numérico a un audio para poder garantizar que la pauta que se emite al aire sea el audio correcto; no existe un cargo específico que se dedique a esas funciones; el demandante siempre realizado la función de asignar códigos a los materiales; es una función importante del cargo de grabador, porque de ello depende la emisión de la pauta.

No obstante encontrarse acreditado en el sub lite, la existencia de un contrato escrito de trabajo entre el actor y la sociedad Radio Bolívar Sonora, sustituida patronalmente por la Compañía de Comunicaciones de Colombia, argumenta la parte actora en la demanda, que prestó sus servicios personales para CARACOL S.A., desempeñando actividades bajo la continuada subordinación y dependencia de esa sociedad, por lo que considera, se desvirtúa la independencia de quien dice ser su empleador. Adicionalmente, estima que las labores por él desempeñadas, son acciones que tienen una causa o razón directa con las actividades previstas en el objeto social principal de CARACOL S.A., arguyendo que ha sido ésta sociedad su verdadero empleador desde el 1° de octubre de 1989.

Lo anterior, fuerza en este punto establecer si existió una intermediación o tercerización laboral, bajo la óptica del simple intermediario y si a pesar de las formalidades, la demandada CARACOL S.A. fungió en realidad como el empleador del aquí demandante. Al respecto, el artículo 35 del C.S.T., entratándose de a quién se le denomina simple intermediario preceptuó:

> *"1. Son simples intermediarios, las personas que contraten servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un {empleador}.*

> *2. Se consideran como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un {empleador} para el beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo.*
>
> *3. El que celebrare contrato de trabajo obrando como simple intermediario debe declarar esa calidad y manifestar el nombre del patrono. Si no lo hiciere así, responde solidariamente con el patrono de las obligaciones respectivas (…)"*

Al tema, se recuerda, en Colombia está prohibida la actividad de intermediación laboral por parte de empresas que no están autorizadas para ello, siendo autorizadas únicamente las empresas de servicios temporales, en los casos expresamente establecidos en artículo 2.2.6.5.6 del Decreto 1072 de 2015 y en consecuencia, cualquier actividad de suministro de personal por parte de otro tipo de sociedad conllevaría una actividad de intermediación por fuera de los parámetros legales.

Pues bien, del análisis íntegro del acervo probatorio, se establece con claridad que el demandante se vinculó a la sociedad RADIO BOLIVAR SONORA S.A., mediante contrato de trabajo a partir del 25 de octubre de 1989, sociedad que como quedó demostrado, fue sustituida patronalmente por la Compañía de Comunicaciones de Colombia S.A.S., a partir del 1° de febrero de 2001, como consta en el otrosí al contrato de trabajo a que ya se hizo alusión, hechos que además se soportan en las certificaciones laborales expedidas al demandante por Radio Bolívar S.A. y por C.C.C. S.A.S.

Sin embargo, de las pruebas relacionadas también se acredita la prestación personal del servicio por parte del demandante GERMAN ANTONIO CASTAÑO GÓMEZ al servicio de CARACOL S.A., lo que se concluye particularmente de la comunicación de 21 de octubre de 1994, ***(archivo 01. Expediente digitalizado, página 184, expediente digital)*****,** en que la Vicepresidencia administrativa de Radio Bolívar Sonora S.A. le comunicó al demandante un traslado, documento que como ya se advirtió cuenta con

membrete de la demandada CARACOL, situación que hace presumir que en realidad era esta última sociedad la responsable de esa decisión, situación que se repitió en otras oportunidades, como en la certificación de 9 de diciembre de 2015 ***(archivo 01. Expediente digitalizado, página 216 expediente digital)*****, donde** la Compañía de Comunicaciones de Colombia CCC Ltda certifica la existencia de un contrato de trabajo con el aquí demandante desde el 1° de octubre de 1989, pero que fue suscrito por el gerente regional occidente de Caracol S.A. y en la misiva de 31 de agosto de 2018(***archivo 01. Expediente digitalizado, página 217expediente digital)*****,** donde se anuncia que la Compañía de Comunicaciones de Colombia CCC Ltda certifica la existencia de un contrato de trabajo con el demandante, pero que fue suscrito por Francy J. Bernal Cortés, en calidad de jefe regional occidente de Caracol S.A.

Lo anterior, adquiere mayor sustento a partir de la declaración de Francy Jackeline Bernal Cortés empleada de Caracol S.A., Jefe administrativo de esa sociedad en la regional occidente y jefe inmediata del demandante, quien en su declaración afirmó que ella es quien le imparte las órdenes e instrucciones al actor, quien desarrolla sus actividades en las instalaciones de Caracol S.A. y con equipos suministrados por dicha sociedad, aspectos de los que se colige con claridad, que el demandante desarrolla su servicios a favor de Caracol S.A. y no de la demandada Compañía de Comunicaciones de Colombia S.A.S.

Así las cosas, se acompaña la conclusión de la juez a quo, relativa a que el verdadero empleador del actor es CARACOL S.A., siendo la demandada Compañía de Comunicaciones de Colombia S.A.S una simple intermediaria, en aplicación de lo dispuesto en el ya referido artículo 35 del C.S.T. Sin embargo, en relación con la fecha a partir de la cual se verifica este contrato realidad, la juez de conocimiento determinó que lo era a partir del 25 de octubre de 1989, aspecto que también fue objeto de inconformidad por parte del recurrente, quien solicitó, en caso de advertirse que Caracol S.A. funge como verdadero empleador del actor, se declare que lo fue a partir del 1° de febrero de 2001, data en que se verificó la sustitución patronal entre Radio Bolívar Sonora S.A. y Compañía de Comunicaciones de Colombia S.A.S.

Frente a este aspecto, la Sala se aparta de la posición de la juzgadora, como también del pedimento del recurrente, en tanto no obra ningún material probatorio que permita establecer con cierto grado de certeza, que desde el 25 de octubre de 1989, el aquí demandante en realidad prestara sus servicios a Caracol S.A., aspecto frente al que ninguno de los testigos hizo referencia y ninguna de las documentales da cuenta de ello, empero, de la misiva de 21 de octubre de 1994 mediante la que se le comunica al trabajador su cambio al cargo de grabador, si se puede colegir la verdadera prestación de servicios a favor de CARACOL S.A., en tanto la misiva se encuentra en papel con membrete de ésta sociedad, lo que aunado a los demás medios de prueba analizados, permite concluir que para esa data el verdadero empleador del demandante ya era CARACOL S.A.

En otro giro, en lo que tiene que ver con la nivelación salarial solicitada, acorde a los fundamentos de derecho citados en la demanda, con motivo de la función de codificación que le fue asignada al demandante, la juez a quo, consideró desde el escrito de demanda no se planteó una comparación entre el actor y otro trabajador que teniendo igualdad de cargo y funciones devengara un salario superior al demandante, por lo que no encontró elementos de juicio que le permitieran establecer la procedencia de la solicitud de nivelación salarial.

Al tema recuerda la Sala, para establecer si existe o no una desigualdad en el salario de un trabajador, que amerite ser nivelada, es necesario determinar si existe otro empleado, que ocupando el mismo puesto, cumpliendo la misma jornada y desempeñando su labor en igualdad de condiciones de eficiencia que el demandante, devengue un salario superior y que esta diferencia sea de tal entidad que pueda por si sola constituirse en discriminatoria de los derechos salariales de éste frente a los de aquel, contraviniendo así el principio de derecho laboral "*a trabajo igual, salario igual*", consagrado en el artículo 143[2] del C.S.T.

[2] *"Artículo 143.-A trabajo igual, salario igual.*
1o) A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en éste todos los elementos a que se refiere el artículo 127.
2o) No pueden establecerse diferencias en el salario por razones de edad, sexo, nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales."

Se tiene entonces como requisito indiscutible para la aplicación del principio de derecho a la igualdad, la demostración plena en juicio de los tres elementos constitutivos de la igualdad laboral, así como la existencia de un patrón de conducta comparable, frente al cual se pueda determinar que evidentemente existe una diferencia de trato salarial cuando se dan iguales circunstancias de hecho en el desempeño laboral.

En ese orden, le asiste razón a la juez de primer grado, en relación con la ausencia planteamientos en la demanda, tendientes a comparar el salario del demandante, respecto a otro trabajador que en igualdad de cargo y funciones, devengara un salario superior al convocante, lo que de plano conlleva a la improsperidad de las pretensiones. En todo caso, a partir de los testimonios recaudados, se extrae con claridad que no existe un cargo de codificador y que ésta es una función que desempeñó el demandante entre los años 2012 y 2016 como le fue ordenado por su superior, mediante comunicación aportada junto con la demanda (archivo 01. Expediente digitalizado 2018-677.pdf página 34, expediente digital), actividad que desde 2016 desarrolla el departamento de pautas, como lo confeso el demandante en su interrogatorio.

En este sentido, lo que evidencia la Sala, es que el empleador Caracol S.A., en aplicación del Ius Variandi, le asignó al demandante la función de codificación, es decir, esta actividad derivó de la imposición de funciones por parte de su empleador, que por demás se encontraba facultado para hacerlo desde el inicio del vínculo laboral, en tanto esta facultad le permite la modificación de las condiciones de trabajo siempre y cuando ello no desmejore las condiciones laborales del demandante. Adicionalmente, como lo manifestó la juez de conocimiento, no existe obligación legal relativa a aumentar el salario de un trabajador, por la modificación de las funciones que inicialmente le fueron asignadas. Lo que conlleva a la negativa de las pretensiones declarativas relativas a la nivelación salarial, como las solicitudes de condena relativas a la reliquidación de prestaciones, vacaciones y aportes a seguridad social.

Agotada la competencia en esta instancia, se modificará la decisión de primer grado respecto al extremo inicial del contrato de trabajo que declaró entre Germán Antonio Castaño Gómez y Caracol S.A., en el sentido de establecer como fecha de su inicio el 21 de octubre de 1994, conforme lo analizado, confirmándola en todo lo demás.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

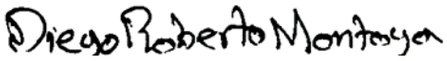
R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de DECLARAR que entre el señor GERMÁN ANTONIO CASTAÑO GÓMEZ y CARACOL S.A. existe un contrato de trabajo desde el 21 de octubre de 1994, el cual se encuentra vigente a la fecha.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia apelada en todo lo demás

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ELVIRA DEL CARMEN CASTILLO PINEDA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 36 2018 00712 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada DIANA LEONOR TORRES ALDANA como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MIGUEL ANGEL RAMIREZ GAITAN, en su calidad de representante legal de la firma de abogados WORLD LEGAL CORPORATION S.A.S (FL. 44)

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante (fl. 46), y COLPENSIONES (fls. 42 a 43), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, en virtud del grado jurisdiccional de Consulta en favor de la parte actora, frente a la sentencia proferida por la Juez Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 31 de marzo del 2022 *(Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams Archivo 13 expediente digital, record: 31:42),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: ABSOLVER** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES –de todas las pretensiones incoadas en su contra por la señora ELVIRA DEL CARMEN CASTILLO PINEDA.*
>
> ***SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.*
>
> ***TERCERO:** En caso de no ser apelada la presente sentencia, remítase al Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, en el grado jurisdiccional de consulta a favor del extremo demandante, conforme lo dispone el artículo 69 del código de procedimiento del trabajo y de la seguridad social.**"***

La ausencia de apelación contra la providencia anterior explica la presencia de las diligencias en esta sede judicial a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA** en favor de la demandante, a lo cual se procede, previa la constatación de que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante ELVIRA DEL CARMEN CASTILLO PINEDA, las pretensiones relacionadas en la página 4 (Archivo 1 expediente digital) las cuales encuentran sustento en los hechos relatados en la página 5 ibídem; solicitando principalmente se declare se declare tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir de noviembre del 2014 como beneficiaria del régimen de transición establecido por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en consecuencia se ordene el pago de sus mesadas pensionales con los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y los reajustes de ley. **Obteniendo sentencia desfavorable a sus aspiraciones**, por cuanto se absolvió de todas las pretensiones, tras considerarse que si bien la accionante es beneficiaria del régimen de transición por edad no acreditó las semanas requeridas por el acto legislativo para conservarlo y por ende aplicarle la Ley 71 de 1988 o el Acuerdo 049 de

1990, igualmente señaló no tener derecho al reconocimiento pensional en virtud de la Ley 100 de 1993 en tanto solo cuenta con 1047 semanas de cotización cuando las requeridas son 1300.

De manera preliminar y para resolver el presente asunto sea del caso señalar, respecto del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debe recordarse este beneficio de acuerdo con la modificación introducida al artículo 48 de la Constitución Política, por medio del parágrafo transitorio 4 del Acto Legislativo 01 de 2005[1], tiene dos límites temporales, el primero de ellos, el 31 de julio de 2010, término para que los beneficiarios del citado régimen acreditaran el cumplimiento de los requisitos de edad y semanas de cotización o tiempo de servicios con miras a que tales supuestos y el monto de la pensión de vejez, fueran los establecidos en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados; y el segundo, en el evento de acreditar 750 semanas de cotizaciones acumuladas a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo -29 de julio de 2005- el beneficiario del régimen de transición continuaría cobijado por el mismo hasta el año 2014.

De tal manera, en el expediente reposa copia de la cedula de ciudadanía de la actora (Archivo 1 expediente digital, página 11) que da cuenta que su fecha de nacimiento el 2 de noviembre de 1944, ello permite concluir que a la fecha de entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, a 1 de abril de 1994 la demandante contaba con 49 años de edad cumplidos. Por lo tanto, se concluye que –en principio- seria beneficiaria del régimen de transición, por lo menos hasta el 31 de julio de 2010 y, eventualmente, hasta el año 2014, debiendo proceder entonces a la verificación del régimen que le sería aplicable a efecto de establecer sus requisitos y la acreditación de los mismos en el plenario.

---

[1] "*Parágrafo transitorio 4o. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.*

Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen"

En ese orden, como ya se dijo se debe establecer cuál era el régimen anterior aplicable a la situación pensional de la demandante a efectos de determinar si cumple los requisitos necesarios para acceder al reconocimiento del derecho antes del primer límite establecido para el régimen de transición, esto es al 31 de julio de 2010, advirtiendo la Sala la primera cotización efectuada por la demandante al sistema general de pensiones lo fue para el periodo de **noviembre del 2002**, es decir en vigencia de la ley 100 de 1993, conforme se constata en el reporte de semanas de cotización actualizado al 20 de mayo del 2021 y aportado por Colpensiones en el expediente administrativo (Archivo 8 expediente digital), razón por la cual se ha de señalar desde ya no hay lugar a la aplicación Acuerdo 049 de 1990 en virtud del régimen de transición, por cuanto la actora no se encontraba afiliada a éste regimen con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, siendo oportuno traer a colación el pronunciamiento que ha hecho la Honorable Corte Suprema De Justicia, en la sentencia SL 3971 de 2021 donde se señaló:

> *"Sobre el particular, esta Sala de la Corte ha insistido en memorar su criterio vigente y pacífico, según el cual para favorecerse del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, rigurosamente el actor debe haber estado afiliado al sistema anterior con el que pretenda pensionarse, ya que es el que genera una expectativa legítima susceptible de protección legal, que es, por demás, la garantía de remisión, preservación y aplicación de regímenes pensionales anteriores que subyace a esa figura legal, y así, precisamente, fue recientemente recordado en sentencia CSJ SL3045-2021, la cual resolvió un caso con similares contornos.*
>
> *Así, pues, de cara a lo antes dicho, mal haría esta Sala inobservar el precedente traído a colación, y consecuentemente, dar una solución a la controversia, exclusivamente, acudiendo a la anhelada sumatoria de tiempos públicos con los cotizados al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, para acceder a la prestación conforme al Acuerdo 049 de 1990, pues, se insiste, ello solo es posible si el demandante, en efecto, realizó cotizaciones al ISS antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, situación que en el sub lite no acontece.*
>
> *De otro lugar, se tiene que al señor Maximino Parra Mancipe, el régimen anterior que lo cobijaba no era precisamente el contenido en el Acuerdo 049 de 1990, puesto que su afiliación al ISS se produjo en 1996, lo que hace evidente que, en realidad lo favorecía, de acuerdo con los tiempos públicos cotizados a la Caja de Previsión Social del Departamento de Boyacá, y los sufragados al ISS, es el establecido en la Ley 71 de 1988, sistema pensional al que sí se encontraba afiliado y el que, en todo caso, permite la sumatoria de dichos periodos."*

Así, mismo en sentencia de la misma Corporación Radicado No. 49148 del 13 nov. 2013 se dijo:

> *"Puestas así las cosas, bien debe concluirse que el juez de la alzada no incurrió en desafuero alguno al entender que la titularidad a un régimen pensional por vía de transición impone, como mínimo, que se haya estado afiliado al mismo durante su ordinaria vigencia, pues sólo puede accederse al derecho pensional si se cumplen los supuestos de hecho que la particular norma que lo regula exige, el primero de los cuales es, obviamente,* ***que se hubiere tenido la condición de afiliado al mismo, ello por cuanto no es dable derivar un derecho de una condición que nunca se tuvo."***

No obstante lo anterior y como quiera que se observa que la promotora del litigio durante su vida laboral tiene aportes con el Departamento de Córdoba y a la Contraloría General (*Ver Resolución SUB 220264 del 17 de agosto del 2018 Archivo 1 expediente digital, páginas 1 a 5 y CERTIFICADO CETIL Archivo 12 expediente digital)* y también en Colpensiones, el régimen aplicable a la situación pensional de la actora lo sería el establecido en el artículo 7º de la Ley 71 de 1988, el cual exige como requisitos para acceder a la pensión de jubilación, acreditar veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales hoy Colpensiones, y el cumplimiento de la edad de cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

En relación con el requisito de edad, encuentra la Sala que la señora ELVIRA DEL CARMEN CASTILLO PINEDA alcanzó los 55 años de edad el 2 de noviembre de 1999, es decir, en fecha anterior al primer límite establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005, 31 de julio de 2010.

Ahora como la demandante acreditó haber prestado sus servicios en el DEPARTAMENTO DE CORDOBA del 30 de abril de 1961 al 30 de diciembre de 1965 y a la CONTRALORIA GENERAL del 27 de octubre de 1966 al 29 de marzo de 1976, conforme Colpensiones lo señala expresamente en el acto administrativo SUB 220264 del 17 de agosto de 2018 (Archivo 1 expediente digital, página 2), tales aportes suman 5074 días equivalentes a 724,85 semanas.

Establecido lo anterior, se tiene entonces que la demandante, tiene un total de semanas cotizadas durante toda la vida laboral *-hasta el 31/10/2015-*, de **879,56** (154,71 historia laboral Colpensiones + 724,85 semanas Dpto. Córdoba y Contraloría General), esto es, NO alcanza a reunir los 20 años de servicios exigidos por la Ley 71 de 1988 que equivalen a 7200 días de aportes o 1028,57 semanas, esto es, no acredita los requisitos para ser acreedora de tal normativa, lo que desde luego excluye que el beneficio transicional se le extendiera hasta el 31 de diciembre del 2014, pues la actora para el 29 de julio del 2005 ni tan siquiera alcanzó las 750 semanas, ya que solo acumuló **729.14**[2] semanas.

Ahora bien, como lo solicitado por la parte actora es el reconocimiento de la pensión de vejez, advirtiendo que no es beneficiaria del régimen de transición, examinado su derecho a la luz de la Ley 797 de 2003, se advierte que tampoco reúne los requisitos establecidos en la misma, en atención a que en toda su vida laboral, únicamente cuenta con 879,56 semanas de cotizaciones (incluidas las del tiempo servido al Dpto. de Córdoba y la Contraloría General) teniendo en cuenta la Historia Laboral aportada por Colpensiones (Archivo 6 expediente digital), habiendo efectuado la última el 31 de octubre del 2015, anualidad para la cual se exigían 1300 semanas para quienes no eran beneficiarios del régimen de transición, de acuerdo a lo establecido en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003.

Dilucidado lo anterior, es claro que no puede tener éxito el reconocimiento de la pensión de vejez que se reclama en aplicación del régimen de transición, pues se repite, no se cumplió con las semanas requeridas para aplicarle tal normativa.

Así las cosas, se agota la competencia del Tribunal, y habiéndose arribado a las mismas conclusiones absolutorias halladas por la Juez *a quo*, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia de primer grado, con las precisiones aquí expuestas.

[2] 724,85 (tiempos públicos) + 4.29 (tiempos privados) = 729.14

SIN COSTAS en esta instancia.

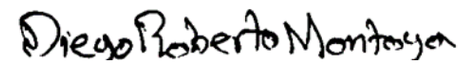
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez 36 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: **SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIA NANCY AFRICANO MOGOLLÓN CONTRA COLPENSIONES y PORVENIR S.A. (36 2019 00887 01)

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Reconocer personería adjetiva al abogado BRAYAN LEON COCA, como apoderado sustituto de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por DANNIA VANESSA YUSSELFY NAVARRO ROSAS, en su calidad de representante legal de la firma NAVARRO ROSAS ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S (fl. 37

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por PORVENIR S.A Y COLPENSIONES (fls. 31 a 36), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por la Juez Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el pasado 24 de marzo del

2022 (*Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:20:30, audio archivo 16 expediente digital),* en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado efectuado por la señora MARIA NANCY AFRICANO MOGOLLON del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, que se hizo efectivo el 10 de diciembre de 1998, a través de la AFP PORVENIR S.A.*
>
> ***SEGUNDO: ORDENAR** a PORVENIR S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, los valores descontados de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones. Incluidos los costos de las primas de los seguros previsionales, y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas al momento de su pago.*
>
> ***TERCERO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes a la historia laboral de la señora MARIA NANCY AFRICANO MOGOLLON.*
>
> ***CUARTO: DECLARAR NO PROBADA** la excepción de prescripción.*
>
> ***QUINTO: CONDENAR** en COSTAS a las demandadas PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES. Liquídense como agencias en derecho con la suma de un (1) SMLMV.*
>
> ***SEXTO: CONSÚLTESE c**on el Superior la presente sentencia, en favor de COLPENSIONES."*

Inconforme con la decisión los apoderados judiciales de las demandadas la apelaron.

Así, en primer lugar, COLPENSIONES solicita se revoque la decisión por cuanto no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, expresando COLPENSIONES es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre el actor y PORVENIR, por lo que independientemente de la decisión adoptada por el juez en razón a la declaratoria o no de la ineficacia del traslado, Colpensiones no puede ser favorecida, ni perjudicada con la misma, ya que nada tuvo que ver con la decisión tomada por la actora.

Precisa que de recibir a la demandante de nuevo en el régimen de prima media se estaría afectando gravemente el equilibrio financiero del sistema en seguridad social en pensiones, el cual fue establecido en el artículo 48 de la Constitución política y adicionado por el artículo 1 del acto legislativo 01 del 2005.

Por otro lado, manifiesta que la accionante ya se encontraba inmersa en la prohibición de trasladarse de régimen pensional conforme a lo estipulado en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Finalmente aduce que de confirmarse la decisión se condene al fondo de pensiones que incumplió su deber legal, de pagar los perjuicios económicos que ello genera, en atención que, en virtud al daño en el derecho civil, quien causó el daño, es quien debe repararlo y no un tercero en el acto jurídico como lo es COLPENSIONES. *(Audio archivo 16 expediente digital, record: 1:22:04)*[1]

PORVENIR S.A. asegura frente al deber de información que no se tuvo en cuenta que para el momento en que se realiza este traslado de régimen pensional, no existía una prueba diferente al formulario de vinculación, pues de la lectura de los Decretos 690, 692 y 720, se puede establecer que el formulario da cuenta no solo de la existencia, sino de la eficacia de ese traslado de régimen pensional, tan es así que la sola suscripción genera efectos al día siguiente y es el mecanismo a través del cual pues se cumple con ese deber de universalidad que tiene el

[1] Muchísimas gracias señora juez, siendo el momento procesal oportuno, me permito presentar recurso de apelación contra la decisión tomada en esta sede judicial, solicitando a los Honorables Magistrados de la Sala Laboral del Tribunal superior de Bogotá se revoque la sentencia proferida por el juez de primera instancia en su totalidad, toda vez que el a quo al momento de dictar sentencia, no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, teniendo en cuenta que COLPENSIONES es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre el actor y PORVENIR, y en razón que todos los actos jurídicos tienen efecto Inter partes, lo cual independientemente de la decisión adoptada por el juez en razón a la declaratoria o no de la ineficacia del traslado, mi representada no puede ser favorecida, ni perjudicada con la misma, como se ha manifestado COLPENSIONES nada tuvo que ver con la decisión tomada por el actor, por lo que solicito al Honorable Tribunal Sala Laboral no se condene a mi representada a recibir al actora, como afiliada de nuevo al régimen de prima media, pues esta decisión, en consecuencia a la declaratoria de la inexistencia se estaría afectando gravemente el equilibrio financiero del sistema en seguridad social en pensiones, el cual fue establecido en el artículo 48 de la Constitución política y adicionado por el artículo 1 del acto legislativo 01 del 2005, pues en esta condena debe tenerse en cuenta el impacto del B y P, y en reserva pensional que día tras día se ha venido afectando de manera excesiva y preocupante con este tipo de procesos.

Le solicito a la Sala de manera juiciosa en este escenario en el cual la administradora de fondo de pensiones que falto a su deber legal de información no acarreará graves consecuencias con la posible declaratoria de inexistencia, pero COLPENSIONES mi representada, como ya se dijo es un tercero que no tuvo injerencia en la celebración del acto jurídico si la acarreará, pues el regreso de la actora al régimen de prima media, existe una alta probabilidad de un futuro reconocimiento de derechos pensionales lo cual genera como ya se dijo, un acto impacto en el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones y en la reserva presupuesta en la que se tiene destinada para tales fines.

Ahora bien, conforme lo estipulado en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el cual modificó el literal e del artículo 13 de la ley 100 de 1993, señaló, después de un año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no puede trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, que según lo anterior, el demandante ya se encontraba inmerso en la prohibición de trasladarse de régimen pensional, cuando se declara la nulidad e ineficacia del traslado según advierten las sentencias bajo los radicados SL 17597 de 2017, SL 4898 de 2018, y SL 1421 de 2019 hay lugar de reintegrar la totalidad de cotizaciones, es decir, su cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas al fondo de garantía mínima, sus rendimientos, entre otros.

En ultimas si se determina que no hay otra posibilidad de ordenar a retornar al régimen de prima media, solicitó al Tribunal condene al fondo de pensiones que incumplió a su deber legal a la afiliada pague los perjuicios económicos que ello genera, que esto va a generar a mi representada, lo anterior en atención que, en virtud al daño en el derecho civil, quien causó el daño, es quien debe repararlo y no un tercero en el acto jurídico como lo es COLPENSIONES.

De esta manera dejo sustentado el recurso representando, 0reiterando al Honorable Tribunal Superior de Bogotá sala laboral que revoque el fallo proferido por el juzgado 36 Laboral del circuito de Bogotá y en su lugar, absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en el escrito introductor. Muchísimas gracias señora juez.

sistema general de seguridad social de cubrir cada vez a un mayor número de habitantes del estado colombiano, aunado a que la AFP tampoco tenía como oponerse a dicha afiliación, como quiera que la ley impone la obligación de recibir a cualquier afiliado que así lo solicite.

Manifiesta, las administradoras de los fondos de pensiones no pueden sugerir o utilizar información que desestime esa vinculación de determinado régimen pensional, es decir, las administradoras de fondos de pensiones no pueden expresar que un régimen pensional es mejor que el otro, porque estarían desincentivando una afiliación, cuando lo que buscaba el legislador con la expedición de la ley 100 era llegar a la mayor de personas con este régimen pensional.

Por otro lado, expresa haberse faltado a la verdad dentro del interrogatorio de parte cuando la señora demandante dice que se dio de manera simultánea su vinculación a CONFENALCO con el momento en que ella realizó su traslado de régimen pensional, cuando la diferencia en tiempo es de 7 meses y 5 días, lo que permite colegir que estaba confesa con lo que corresponde al aspecto propio de que si recibió información y que dicha información cumplió con los parámetros establecidos para la época.

Aduce no se puede perder de vista el tema de los actos de relacionamiento que fueron interpretados por la Corte Suprema de Justicia, como una forma o mecanismo a través del cual se realiza o tiene el despacho un criterio a través del cual puede verificar si se cumplió o no con la vocación de querer permanecer en un determinado régimen pensional, precisando en autos la demandante tenía la intención de mantenerse vinculada al RAIS, pues es que no realizó ningún tipo de tramite o gestión para regresar a COLPENSIONES.

En relación con la condena a la devolución de los gastos de administración y primas de seguros provisionales, argumenta que de acuerdo con el artículo 20 de la ley 100 de 1993, se deben realizar tales descuentos para cubrir los riesgos de invalidez y muerte, por lo que dejar sin efecto ello, sería tanto como indicar que del año 1998 al año 2022, no estuvieron cubiertos los riesgos de invalidez y muerte, por lo que no se podría reconocer una pensión de invalidez o sobrevivientes, además de ello, COLPENSIONES tendría a su disposición dineros que no habría podido acceder.

En la misma dirección expresa no encontrarse de acuerdo con la devolución de dichos saldos de manera indexada, refiriendo la Corte Suprema de justicia ha sostenido que la indexación procede en los casos en que no procedan los intereses moratorios y en el caso en concreto no se puede desconocer que durante todo este tiempo la AFO no ha tenido deuda alguna y con la devolución y con la indexación de esos gastos se le está obligando a cubrir una deuda que no se creó sino por Ministerio de la ley, sin que se pueda perder de vista que la vinculación con la AFP generó unos rendimientos en la cuenta de ahorro individual de la demandante, y si se pretende que se devuelvan los gastos de administración pues debería permitírsele a su representada retener dichos rendimientos financieros, como quiera que solo con ellos se generaron las inversiones de la cuenta de ahorro individual de la actora.

Finalmente refiere no cumplirse con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, solicitando se revoque la condena en costas. *(Audio archivo 16 expediente digital, record: 1:25:54)*[2]

[2] Su señoría muchísimas gracias, encontrándome dentro de la oportunidad procesal prevista para el efecto, me permito presentar mi recurso de apelación contra la decisión que pone fin a la primera instancia del presente proceso, sea lo primero manifestar que el objeto de mi recurso de apelación será que se revoquen todas y cada una de las condenas que han sido proferidas en contra de mi representada, y la materia versará sobre los siguientes aspectos.

En primera medida loa declaratoria de la ineficacia de traslado de régimen pensional, segundo en lo que corresponde pues a la orden impartida a mi representada a retornar o a remitir, mejor, a COLPENSIONES todas y cada una de las sumas que se descontaron en virtud de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual; tercero la consecuencia en condena en costas.

Sea lo primero manifestar su señoría en lo que corresponde al primer aspecto que delimite entro de la materia de mi recurso de apelación que este apoderado se aparta de manera muy respetuosa de las consideraciones que ha hecho el despacho frente a este primer aspecto, fundamentado en los siguientes argumentos. El primero de ellos, a juicio de esta apoderado si bien es cierto se creó, cambio el deber de información, tal cual como lo reconoce el despacho, este apoderado se aparta respetuosamente en la medida que no se tuvo en cuenta que para el momento que se realiza este traslado de régimen pensional, no existía una prueba diferente al formulario de vinculación, de que la lectura de los decretos 690, 692,720, se pueda establecer que el formulario da cuenta no solo de la existencia, sino de la eficacia de ese traslado de régimen pensional, tan es así que pues la sola suscripción genera efectos al día siguiente, es el mecanismo a través del cual pues se cumple con ese deber de universalidad que tiene pues el sistema general de seguridad social de cubrir cada vez a un mayor número de habitantes del estado colombiano.

Además de ello es claro que no se tuvo en cuenta que para la fecha que se realizó este traslado de régimen pensional tampoco mi representada tenía como oponerse a dicha afiliación, como quiera que el artículo 112 le oponía la obligación de recibir a cualquier afiliado que así lo solicitará, so pena pues de que no haberlo recibido, incurriría en conducta sancionables tales como discriminar a los afiliados, pues podría el afiliado escoger dependiendo el monto de los ingreso, el monto o los factores determinar qué tipo de afiliado quería tener en su portafolio.

Además, de ello debe tenerse en cuenta que la señora demandante no estaba incursa en ninguna de las dos causales que le hubiesen dado lugar a mi representada a rechazar su vinculación, causales tales como que hubiese sido beneficiaria de una pensión de invalidez para el año 1998 en diciembre y segundo pues que tuviese más de 50 años al momento de entrar en vigor la ley 100 en el año 1994, y que no tuviese o que no pudiese cotizar 500 semanas adicionales. Es decir, que no estaba ella incursa en ninguna de estas dos causales, razón por la cual era obligación de mi representada recibirla como afiliada. Y porque es importante poner de presente este aspecto, porque contario pues a lo que se ha establecido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, considera este apoderado que esta obligación implica que las administradoras de los fondos de pensiones no pueden sugerir o utilizar información que desestime esa vinculación de

determinado régimen pensional, es decir, las administradoras de fondos de pensiones no pueden sugerir que un régimen pensional es mejor que el otro habida cuenta que pues estarían desincentivando una afiliación, cuando lo que buscaba pues el legislador con la expedición de la ley 100 era llegar a la mayor de personas con este régimen pensional.

En tercera medida o mejor en segunda medida, contrario pues a la forma a que el despacho aprecio las pruebas que se practicaron en el presente proceso, este apoderado considera que la diferencia, la imprecisión para utilizar las palabras del despacho, es mayor que la trascendencia que le da el despacho, considera este apoderado que sugerir que son imprecisión en las fechas deja sin la posibilidad que mi representada acredite que cumplió el deber de información, lo que si da cuenta es que se faltó a la verdad dentro del interrogatorio de parte y no solamente en una, sino en varias preguntas, cuando la señora demandante dice que se dio de manera simultánea su vinculación a CONFENALCO con el momento en que ella realizó su traslado de régimen pensional, cuando la diferencia en tiempo es de 7 meses y 5 días, lo que permite colegir que estaba confesa con lo que corresponde al aspecto propio de que si recibió información y que dicha información cumplió pues con los parámetros establecidos para la época, y pues esto enerva las circunstancias que darían lugar a la ineficacia del traslado de régimen pensional, razón por la cual considera este apoderado que no se aplicó la consecuencia jurídica tendiente a faltar a la verdad en una declaración juramentada dentro de un proceso, razón por la cual si hace especial énfasis este apoderado al momento en que se esté desatando el recurso de apelación para que se tenga en cuenta pues que a juicio de este apoderado y de manera muy respetuosa así lo expone no se no hubo una interpretación, o mejor no se calificó o no se tuvo en cuenta este aspecto o no se apreció en debida forma, es la expresión que quería utilizar, esa prueba al momento en que se tuvo, en que se desarrolló.

Cuarta medida, es cierto que si no hay una consecuencia jurídica luego de mentir de manera fragante en una diligencia judicial, pues mi representada queda sin la posibilidad de probar, además del interrogatorio de parte y además de pues tener el formulario de vinculación, que por demás se insiste nuevamente era el único documento que se le exigía a mi representada para poder probar pues no solo la existencia, sino la eficacia de este régimen pensional, pues se le está obligando a probar más allá de sus posibilidades cuando no tiene pues como acreditar el cumplimiento del deber legal, por demás como yo lo mencione en los alegatos de conclusión, a los cuales me remito, pues fue cambiando y se alteró con el paso del tiempo, pues no es exigible el deber de información, en la actualidad al que se le podía exigir a una administradora de pensiones para el año 1998, porque la ley 1328 de 2009 adicionó unas obligaciones y la 1748 adicionó otras, en tal sentido es claro que el deber de información muto.

En tercera medida, contrario pues a lo que manifestó el despacho es claro que no se debe perder de vista que la Corte Suprema de Justicia, realizó una interpretación especifica de los actos de relacionamiento, la sentencia SL 3752 del 2020, y la SL 1061 del 2021, entre otras providencias esas un forma o mecanismo a través del cual se realiza o tiene el despacho mejor, un criterio a través del cual puede verificar si se cumplió o no, o mejor si hay una vocación de querer permanecer en un determinado régimen pensional. En el caso en concreto por cuenta de las sentencias que acabo de mencionar la señora demandante tenía la intención de mantenerse vinculada a este determinado régimen pensionado, muestra de ello pues es que no realizó ningún tipo de tramite o gestión para regresar a COLPENSIONES.

En tercera, en cuarta medida me permito indicar, si bien es cierto mi representada tenía un deber de información no es menos cierto que COLPENSIONES también debía cumplir con una carga del deber de información y prestar asesoría para ese momento, situación está que no se tuvo en cuenta dentro del proceso pero que de cara lo que se desate en el recurso de apelación, pues si es importante mencionar que COLPENSIONES tampoco da cumplimiento a ese deber de información que también estaba, pues que también debió cumplir, pues no es solo la administradora de fondo de pensiones la cual se traslada la demandante, la que debe cumplir con dicho deber de información, máxime cuando pues tampoco por cuenta del artículo 112 dicha administradora tiene como oponerse a realizar o mejor no tiene como oponerse a recibir esa nueva vinculación, situación está pues que la deja en desventaja de cara a lo que pueda ocurrir dentro de estos procesos.
En quinta medida pues me permito manifestar que no se acredita situación alguna que diera lugar o que permita sostener mejor que la señora demandante fue culminada a vincularse a PORVENIR, habida cuenta que no se probó en el proceso cual fue esa situación que le impido a ella discernir o manifestar que de manera espontánea de elegir algún determinado régimen pensional, si se tiene en cuenta que dentro de su interrogatorio de parte no expresó las reales circunstancias de tiempo, modo y lugar, en que se dio el traslado de régimen pensional.

En lo que corresponde pues a la devolución de los gastos de administración, primas de seguros provisionales, me permito manifestar que de acuerdo con el artículo 20 de la ley 100 de 1993, mi representada descuenta los gastos de administración, y las primas de seguros previsionales para cubrir los riesgos de invalidez y muerte, situación que dejar sin efectos el descuento de dichas sumas, serían tanto como indicar que el 98 al año 2022, no estuvieron cubiertos los riesgos de invalidez y muerte, pues que no se podría reconocer una pensión de invalidez o sobrevivientes, pues las cotizaciones realmente pagadas durante todos estos periodos no habrían entrado al sistema y además de ello, pues no quedarían sin efectos las pólizas que se contratan por parte de mi representada para cubrir esos dos riesgos, además de ello, COLPENSIONES tendría a su, tendría pues a su

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda *(páginas 3 a 5 Archivo 1 expediente virtual)* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo *(páginas 1 a 3 ibídem),* aspirando principalmente se declare la nulidad, ineficacia o inexistencia del traslado del RPM al RAIS administrado por PORVENIR, en consecuencia se entreguen o trasladen a Colpensiones el valor de los aportes recibidos por la afiliación, cotizaciones, bonos pensionales, títulos pensionales, rendimientos, intereses y cualquier otro concepto que esté en la cuenta de ahorro individual, así mismo solicita que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público si a ello hubiere lugar, anule la emisión del bono pensional o retorne los dineros a Colpensiones, igualmente peticiona que Colpensiones la reciba como afiliada, reciba todos los montos del RAIS y realice el computo de las semanas cotizadas. Por otro lado, pide se condene a los demandados al reconocimiento y pago de los perjuicios materiales y morales causados, los cuales estima en 200 smmlv, costas del proceso y lo *ultra y extra*

---

disposición dineros que no habría podido acceder, en la medida que COLPENSIONES recordémoslo, no solo descuenta también el 16% del aporte y ese 3% COLPENSIONES lo utiliza para cubrir los gastos de su sostenimiento y también pues para cubrir también los riesgo de invalidez y muerte, ese 3% adicional de estos 24 años de aportes que ha realizado la señora demandante se vería pues beneficiado COLPENSIONES, al recibir dichos dineros.

Adicional a ello, en cuarta medida, en tercera medida, no entiende este apoderado se ordena que la devolución de dichos saldos se dé carácter indexado, cuando la jurisprudencia de la Corte Suprema de justicia ha sostenido que la indexación procede en los casos en que bien no procedan los intereses moratorios, si se debe tener la indexación o se debe generar la indexación cuando se paga una obligación que estaba vigente de manera anterior y que esto tiene como efecto pues cubrir los posibles mermas en el capital que se pudiera generar. En el caso en concreto pues no se puede perder de presente que durante todo este tiempo pues mi representada, no ha tenido deuda alguna y la devolución y la indexación de estos gastos pues la está obligando a cubrir una, la está obligando a cubrir unos gastos indexados, sobre una deuda que no se creó sino por Ministerio de la ley, es decir, la ley, el artículo 20 la obligaba a descontar estos gastos, y además de ello, la obliga a devolverlos indexados por cumplir lo que dice la ley, entonces pues considera este apoderado que tampoco es procedente habida cuenta de lo anterior generar la devolución en esos términos.

Y por último, en este aspecto en particular me permito indicar que la devolución de estos gastos de administración pues no cumplen con pues con la finalidad de la ineficacia del traslado de régimen pensional, pues si se busca dejar sin efectos todo rastro de esta vinculación con mi representada no se puede perder de vista que esa vinculación generó unos rendimientos financieros, la cuenta de ahorro individual de la demandante, y si se pretende que se devuelvan los gastos de administración pues debería permitírsele a mi representada retener dichos rendimientos financieros, como quiera que solo con ellos que se generaron las inversiones que permiten hoy tener una cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros que tiene.
Así las cosas, su señoría de manera respetuosa por último antes de que se me olvide, como quiera que a juicio de este apoderado, por lo ampliamente expuesto no cumple con lo establecido del artículo 365 del Código General del Proceso, pues también que se revoque la consecuencialmente la condena en costas, así las cosas dejo sustentando el recurso de apelación con el propósito que se despache de manera desfavorable o mejor que se acceda pues a lo manifestado en este recurso y se revoque pues la decisión. Muchas gracias."

petita. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora a PORVENIR, ordenando a dicha administradora como actual administradora al que se encuentra vinculada, trasladar a COLPENSIONES los valores que hubieran recibido con motivo de su afiliación sin lugar a efectuar descuento alguno, ordenando que dicha devolución se haga de manera indexada. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, no se logró acreditar por PORVENIR el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado, que le ayudara a tomar una decisión acertada sobre la construcción de su derecho pensional, precisando la única prueba aportada fue el formulario, del cual no se puede desprender ningún tipo de información.

Por otro lado, negó el pago de los perjuicios solicitados ante la ausencia de prueba que acredite la causación de los mismos.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[3].

Así las cosas, en el expediente se encuentra acreditado que la fecha de nacimiento de la actora fue el 5 de mayo de 1964 *(Archivo 1 expediente digital página 23),* por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2021, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante COLPENSIONES el 13 de septiembre de 2019 (páginas 36 a 39 Archivo 1 expediente digital) esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la

[3] *En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".*

edad requerida para adquirir el derecho pensional -tenía 55 años-; de otra parte, se tiene, la actora no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía apenas con 346,14 semanas que corresponden a 6 años, 8 meses y 23 días (*Archivo 8 expediente digital página 68),* por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **10 de diciembre de 1998 con fecha de efectividad 1° de febrero de 1999 (***Archivo 8 expediente virtual, páginas 31 y 76),* por afiliación que hiciera a PORVENIR, e específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y el formulario de afiliación suscrito con la AFP PORVENIR.

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada y que ésta fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal información debe ser objetivamente verificable, en el entendido de que aquél debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión *“libre y voluntaria*” contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura.

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

> *“Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.*

> *Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute**, es eficaz**, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.*
>
> *Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*
>
> *El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias."*

En tal sentido, *"es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez"* (SL1688 de 2019).

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia *ex tunc*[4], en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

> *"(…)*
>
> *De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:*
>
> > *Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).*
> >
> > *En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las*

[4] *Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020*

> *especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*

> ***Entonces, según la norma precedente, 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."*

Frente a este respecto, además, esa alta Corporación en sentencia SL-1948 de 2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (*vuelta al status quo ante*, art. 1746 CC). Así, discurrió

> *"**1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen***
>
> *Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.*
>
> *Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (...) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».*
>
> *De ahí que le corresponda a la Sala precisar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto.*
>
> *Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC).*
>
> *[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos*

> *estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]*
>
> *Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral […] la afiliación respectiva quedará sin efecto».*
>
> *Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019).*

En ese orden, no se trata de analizar la presencia de vicios que conlleven a la nulidad del negocio jurídico, sino de establecer el cumplimiento del deber de información como condición de eficacia del traslado de régimen pensional, razón por la cual, no se requiere la acreditación en este juicio de la presencia de vicios que invaliden el consentimiento.

Del mismo modo se advierte, el presente asunto no se enmarca el asunto en lo previsto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, pues la ineficacia en ese caso es consecuencia de *impedir* o *atentar "en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral",* que no es el supuesto que aquí se discurre.

Ahora bien, sobre esta temática igualmente, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la

pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado,* por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la actora al fondo accionado PORVENIR.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011[5], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

[5] *"Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.*

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la "ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA", en donde se señala una mesada pensional de $900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el "RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL", es de $1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

"Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

"En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

"Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

"Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

"El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.
"(…).
"Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

"Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

"Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

"La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

"La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

"Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

"Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

"Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

"En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña".

"Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales".

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta 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.

sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

> *"(…)* ***Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.***
> *(…)*
> *Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*
> *(…).*
> *Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, 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.*
> ***Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego.*** *A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (…)"*

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información a la accionante al momento de realizar el traslado de régimen pensional en los términos aquí referidos, pues en manera alguna se evidencia en el plenario que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante (Audiencia del 24 de marzo del 2022, Record: 9:42), no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado, pues de hecho aseguró que quien intervino en la afiliación fue la oficina de recursos humanos de la entidad donde ingresó a laborar y en ese orden para la Sala los argumentos de la accionante solo reafirman el incumplimiento de la AFP de sus deberes legales como administradora de pensiones, pues denotan la ausencia de una asesoría real y efectiva por parte de esa entidad a la demandante para efectuar el traslado de régimen, pues aunque no mediaron en la afiliación a través de sus asesores, igual le dieron trámite a la misma.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (Archivo 8 pág. 31), este no constituyen en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

Respecto al comunicado de prensa *(páginas 78 a 80 archivo 8 expediente digital),* es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones PORVENIR proporcionara a la afiliada una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración a la demandante al momento de trasladarse, el medio de

convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se hizo constar su voluntad libre y espontánea de trasladarse de régimen.

Aquí también debe resaltar esta Sala, en punto a la apelación de PORVENIR el deber de información existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que el deber de información subsiste desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y, por ende, se estableció en cabeza de los fondos privados el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que puedan tomar decisiones informadas.

Así, por ejemplo, en sentencia SL1688-2019 reiterada en la SL-3708-2021 y SL-3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

> ***"1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***
>
> ***1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.***
>
> *El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).*
>
> *De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.*
>
> *Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.*

…

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Además, ilustró las diferentes etapas del deber de información, así:

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 1.° 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 3.°, 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 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Como se ve, ya para el año 1998, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP PORVENIR estaba en la obligación de informar a su futura

afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen **(10 de diciembre de 1998 con fecha de efectividad 1° de febrero de 1999 (),** el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar, no tiene incidencia alguna que la actora no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen. Al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

Con relación a los actos de relacionamiento como indiciarios de la ratificación de la voluntad a la que se ha hecho referencia por PORVENIR en su apelación, entre otras, en las sentencias SL3752 de 2020 y SL2440-2021 emanadas de las Salas de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, vale la pena señalar que la Sala Penal de la Corte como juez constitucional, al resolver una acción de tutela presentada por esta última decisión, estableció que esa Corporación desconoció el precedente consolidado por la Sala de Casación Laboral –permanente- de esa Corte frente al deber de información, el cual debe mirarse al momento del acto jurídico de traslado, sin que resulte relevante las actuaciones efectuadas con posterioridad al mismo.

Puntualmente, en sentencia del STP-15228 de 2021, sostuvo:

> *"7.1. Al confrontar los fundamentos de la decisión cuestionada con los anteriores desarrollos jurisprudenciales, se advierte que la Sala de Descongestión No.4 se distancia de manera abierta de los precedentes que en la materia ha fijado la Sala de Casación Laboral –permanente- de esta Corte.*

7.1.1. Como se dejó visto, la Sala de Descongestión, al dar por acreditado el cumplimiento del deber información por parte de la administradora, tomó en cuenta actos posteriores -aportes adicionales y traslado entre fondos privados-, desconociendo que "ello no contrarresta el incumplimiento del deber de información exigible a la administradora privada de pensiones, el cual como ya se advirtió, ***debe ser oportuno e integral al momento del traslado."*** *(CSJ, SL3611, 11 agosto de 2021, Rad. 88467).*

Es decir, que con la aplicación de estos criterios la autoridad judicial accionada dejó de lado, sin justificación razonable alguna, la línea jurisprudencial consolidada por la Sala de Casación Laboral –permanente- de esta Corte, en cuanto que el cumplimiento de la asesoría o información debidas debe analizarse al momento del acto jurídico del traslado, sin que resulten relevantes las actividades o actuaciones que el afiliado realice con posterioridad.

En este punto, por tanto, se advierte estructurado un defecto por desconocimiento del precedente judicial.

7.2. Adicionalmente a esto, la Sala de Descongestión, en el análisis que le permitió concluir que en este caso el deber de información había sido satisfecho por la AFP demandada, introdujo la tesis de los llamados «actos de relacionamiento», que fue abordada por la Sala de Casación Laboral –permanente- de esta Corte en la SL413-2018, no para definir un caso de ineficacia del traslado de régimen pensional, sino en un asunto en el que se discutía el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, donde resultó necesario el análisis de la voluntad de permanencia del afiliado en un específico régimen pensional.

7.2.1. Esta interpretación implicó, a no dudarlo, una modificación o variación de la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral –permanente- de esta Corte, en punto a que el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar.

7.2.2. Esta modificación del precedente jurisprudencial estructura un defecto orgánico, en razón a que la Sala de Descongestión accionada no tenía competencia para realizar esa variación doctrinal, de conformidad con el artículo 2º de la Ley 1781 de 2016, que adicionó un parágrafo al art. 16 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

(…)

7.2.4. Es claro, entonces, que las Salas creadas en el marco del programa de descongestión no tienen competencia para modificar la jurisprudencia de la Sala permanente, ni para crear nuevas líneas interpretativas, y que cuando por mayoría consideren que es necesario realizar esta clase de cambios, deben remitir el asunto a la Sala permanente.

7.2.5. Así las cosas, de estimar los magistrados integrantes de -Sala de Descongestión No. 4- de la Sala de Casación Laboral que resultaba necesaria la modificación de la línea jurisprudencial en materia de eficacia del traslado de régimen pensional, con el fin de introducir como factor de definición la tesis de los llamados «actos de relacionamiento», debieron abstenerse de emitir sentencia y, en su lugar, surtir el trámite previsto en el artículo 2º de la Ley 1781 de 2016.

> *De esta manera, se advierte también estructurado un defecto orgánico, que torna viable la concesión del amparo constitucional."*

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR S.A como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado la actora (*Certificación pagina 24 archivo 1 expediente digital*), del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto, aclarando en este punto y para resolver la apelación de COLPENSIONES, en relación con el principio de la relatividad jurídica, consistente en que los terceros no pueden interferir en convenios de los que no son parte, aunque esta entidad no intervino de manera directa en el acto jurídico de traslado, no puede perderse de vista que en la actualidad dentro de la estructura del sistema de pensiones es la única entidad administradora del régimen de prima media con prestación definida, siendo de contera la llamada a recibir nuevamente al demandante como su afiliada.

Por otro lado, conviene precisar, en autos no tiene relevancia la financiación del sistema o que la convocante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Advirtiéndose a Colpensiones en cuanto al principio de la sostenibilidad financiera, objeto de apelación, la Máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no lesionan "*el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas*." (Sentencia SL2877, rad. 78667 del 29 de julio del 2020).

Asimismo, advierte la Sala, frente a los argumentos de apelación de PORVENIR, relacionados con la devolución de los gastos de administración, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

> *"Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.*
>
> *[…]*
>
> *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 ésta 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.***
>
> *Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada."*

Igualmente, en la sentencia SL1421-2019, Radicación N° 56174 del 10 de abril de 2019, se expuso:

> *"Conforme a lo establecido en sede de casación, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, que la actora jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de igual forma, que el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 (...)".*

Igualmente, con relación a la orden de la juez de primer grado de disponer el pago debidamente indexado de la devolución de dichos gastos de administración, es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación, sin que ello represente una condena adicional pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la condena cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

En punto a la indexación de los gastos de administración, en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en providencia SL 3207, Radicación N° 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

> ***"7. Consecuencias de la declaración de ineficacia***
>
> *Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos,* ***se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados,*** *junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor."* (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Por lo anterior, habrá de confirmarse la decisión de primera instancia en este aspecto.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES –entidad a favor de quien se surte la consulta-[6] *Archivo7 expediente digital, páginas 25 y 26)* basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada

[6] Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 28 de octubre del 2021 (Archivo 9 expediente digital)

sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Es de anotar en este punto, dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración y demás restituciones, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción.

Sobre esto último, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2611, Radicación N° 67972 del 1° de julio de 2020, señaló que las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones, hace inoperante dicho fenómeno extintivo frente a los mismos. Puntualmente dijo esa Corporación:

> *"…recientemente, en la sentencia CSJ SL1421-2019, tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto, sosteniéndose que en materia del derecho del trabajo y la seguridad social, las disposiciones que gobiernan la extinción de la acción son los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, que consagran un periodo trienal para que opere ese fenómeno; sin embargo, se adujo que tal normativa no resulta aplicable a los casos de ineficacia del traslado, por cuanto se trata de una pretensión de carácter declarativa, que es precisamente lo que sucede en el sub examine, en la aludida providencia se dijo:*
>
> > *Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que* ***las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo,*** *en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.*

> *De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el trascurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.*

> *Conforme a lo discurrido, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, (...)"* (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte de PORVENIR, téngase en cuenta que el legislador nacional ha acogido el criterio objetivo, en virtud del cual, las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el numeral 1º del artículo 392 del C.P.C, ahora artículo 365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual *"se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (…)"*, sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, por manera que al haber sido desfavorable la sentencia de primer grado a la parte demandada PORVENIR, lo atinente a derecho es que sea condenada en costas, iterando, la única valoración a tener en cuenta en este aspecto, es las resultas del proceso. Bajo tal entendido, habrá de confirmarse su condena.

Finalmente, en lo que toca a la solicitud de COLPENSIONES de reconocer el valor de los perjuicios ocasionados, la misma se torna improcedente como quiera que tal aspecto no fue objeto del debate probatorio pues ninguna pretensión se erigió tendiente a obtener el pago de este concepto a favor de esa administradora, así como tampoco fue propuesta dicha temática a lo largo del juicio por ese extremo procesal, sin que el demandante quien también solicitó el reconocimiento de los perjuicios elevara recursos de apelación frente a este punto.

Agotada la competencia de la Sala, habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta y por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado de conformidad con las precisiones señaladas.

SIN COSTAS en esta instancia.

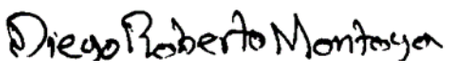
En mérito de los expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el JUZGADO 36 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JORGE LEONARDO PALACIOS NIÑO CONTRA INTEROC S.A. SUCURSAL COLOMBIA (RAD. 12 2019 00525 01)

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose guardado silencio por las partes, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el demandante quien actúa en causa propia, contra la sentencia proferida por el Juez 38 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 22 de marzo de 2022 (archivo "11AudienciaSentencia".mp4, Record: 1:42:04), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR*** *que entre JORGE LEONARDO PALACIOS y la sociedad INTEROC S.A. SUCURSAL COLOMBIA, existió un vínculo contractual laboral sometido a las reglas de los contratos a término fijo, vigente en el lapso comprendido entre el 25 de febrero del 2020 y el 24 de septiembre de 2020, el cual finalizó por la expiración del plazo fijo pactado.*
> ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a INTEROC S.A. SUCURSAL COLOMBIA. a pagarle al demandante JORGE LEONARDO PALACIOS, la suma de $9´750.000 a título de indemnización por falta de pago en los términos del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 29 de la ley 789 del 2002, por la mora presentada en el pago de acreencias salariales y prestacionales, al menos entre el 25 de septiembre de 2020 y el 21 de enero del año 2021. Lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.*
> ***TERCERO: ABSOLVER*** *a la demandada* ***INTEROC S.A. SUCURSAL COLOMBIA*** *de las demás pretensiones formuladas en su contra por el demandante JORGE LEONARDO PALACIOS. Lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.*
> ***CUARTO: EXCEPCIONES*** *dadas las resultas del juicio, el Despacho* ***DECLARA NO PROBADAS*** *las propuestas respecto de la condena infringida y se considera relevado del estudio de las planteadas, frente a la absolución producida.*

> ***QUINTO: COSTAS**, lo serán a cargo de la demanda, en firme la presente providencia, por Secretaría, practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como es en derecho la suma de $975.000 en favor del demandante**".***

Inconforme con la sentencia, el demandante interpuso recurso de apelación, frente a la decisión de avalar la notificación de la terminación unilateral del contrato con un correo enviado al demandante. Refirió, esta comunicación debía ser por escrito e incorporar la manifestación de no prorrogar el contrato de trabajo, como lo enseñó la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2084 de 30 de mayo de 2019.

Estimó, el referido mensaje corresponde a una invitación al seguimiento de actividades pero no a un preaviso en tanto no incorpora una manifestación clara e inequívoca de la voluntad del empleador de no prorrogar el contrato de trabajo, quien envía el mensaje no es directamente el empleador ni un trabajador del área de talento humano sino la persona a quien el demandante estaba reemplazando, quien para ese momento estaba en uso de licencia de maternidad y por tanto estaba impedida para ejercer sus funciones dentro de la empresa.

En el expediente obra documento de 2 de septiembre de 2020, donde la citada señora manifestó que se reintegraba en esa fecha, por lo que insiste, erró el juzgado al aceptar el correo referido, como el preaviso de la no prórroga del contrato de trabajo. Tampoco se acreditó que la señora María Camila era la encargada de emitir el preaviso, máxime cuando la sociedad convocada cuenta con una oficina de talento humano y contratación, encargada de esas funciones y tampoco se acreditó que para el 4 de agosto de 2020, fecha en que se remitió el correo electrónico, la señora Camila estuviera laborando (archivo "11AudienciaSentencia".mp4, Record: 1:44:15)[1]

---

[1] *"**Apoderado demandante (1:44:15):** Bueno señor juez, si en efecto voy a presentar recurso de apelación. Me permito presentar el presente recurso de apelación primero que todo frente al Honorable Tribunal Sala Laboral, con el fin de que sea modificado el numeral primero, no, el numeral tercero que pena, de la sentencia en donde se acepta la, el contrato o el correo enviado por la demandada al demandante, con el fin de que sea notificado el mismo de la terminación unilateral del contrato, el presente recurso tiene como finalidad lo siguiente.*

Primero que todo pues establece el honorable juzgado pues la relación laboral que existe entre la demandada y el demandante y pues asume dicha relación laboral, que en los términos fijados en pues en el escrito de la demanda, manifiesta que el señor juez que en la terminación o los términos manifestados pues en el artículo 46, se puede dar por finalizado un contrato a término fijo y pues en ese orden de ideas es posterior, no, es inferior a los 30 días anteriores a la terminación del contrato, que debía este mismo ser por escrito y por la manifestación que no se iba a prorrogar, hago especial énfasis en eso con el Tribunal, porque tiene que existir una manifestación en el escrito o en la comunicación impartida o establecida al demandante, toda vez que la misma pues no se evidencia esta, este requisito, pues no el suscrito considera que no existe dicha manifestación de no prorrogar

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante, señor JORGE LEONARDO PALACIOS NIÑO en éste ordinario, las pretensiones consignadas en el escrito de demanda (carpeta 01Demanda, archivo 01DemandaOrdinaria.pdf páginas 3 a 6, expediente digital), **las que encontraron sustento en los hechos visibles a folios 1 a 3 ibídem,** solicitando se declare, entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo con fecha de inicio 25 de febrero de 2020; el empleador no efectuó el preaviso en los términos del artículo 46 C.S.T. para la terminación unilateral del contrato, por lo que se renovó automáticamente por el término inicialmente pactado (7 meses); como consecuencia se condene a la demandada a

---

el contrato, manera unilateral e inequívoca, y así pues lo reza y se estipulo en los alegatos de conclusión, en la sentencia SL 2084 del 30 de mayo de 2019, con el magistrado ponente Rigoberto Echeverry Bueno.

Y pues continua el juez indicando que el día 5 de agosto de 2020 la señora María Camila envió el correo realizando una invitación, es que es una invitación al seguimiento de actividades y que esta debe tomarse como un preaviso, sin embargo, el señor no tiene en cuenta pues lo siguiente, primero que todo, pues en el asunto de este correo se indica un seguimiento a actividades; segundo que todo no existe manifestación clara e inequívoca de la voluntad definitiva de no prorrogar el contrato; tercero quien envía el correo no es, no es directamente el empleador, ni un trabajador de la oficina de talento humano; cuarto quien suscribe el correo es un trabajador de la empresa; quinto, quien envía este correo es la persona a la cual yo estaba reemplazando, razón por la cual la misma estaba dentro de la licencia de maternidad que concede la ley y por lo tanto, es claro que no podía impartir ordenes, enviar correos, o en pocas palabras estaba impedida para ejercer sus funciones judiciales o administrativas dentro de la empresa.

Nótese, pues que se está aceptando, se está aceptando un preaviso y es que la empresa encuentra que el caso en la representación de la empresa, pues no se está teniendo en cuenta o no está tomando en cuenta el juzgado que la señora María Camila para la fecha pues del envió del correo, no se encontraba trabajando y así mismo, no podía ejercer sus funciones, pues contempladas para la representación de esta sociedad.

Obra en el expediente de fecha de 2 de septiembre de 2020, donde ella misma manifiesta en correo enviado a los suscritos o demás trabajadores de la empresa que se reintegra ese día, razón por la cual, no se puede tomar el reintegro anterior o la veracidad, bueno no la veracidad si, pero no puede tenerse en cuenta o como prueba, o como preaviso efectivo un correo que envía una persona que está en licencia de maternidad, entonces dicho correo enviado el día 5 de agosto de 2020, y que el señor juez tiene como cuenta o como preaviso, pues no debería tenerse en cuenta en consideración al suscrito, máxime cuando ni siquiera cumple con los requisitos fijados por la ley y la jurisprudencia al respecto.

Así las cosas, pues ahora bien, dentro del proceso pues no se logró demostrar que la señora María Camila era la encargada de realizar dichos preavisos, máxime cuando en la empresa existe claramente una oficia de talento humano y contratación encargados de tales funciones, tampoco se demuestra que la señora María Camila una vez ejerce su respuesta reintegrando pues su envié su respuesta de ingreso, en calidad de mi jefe inmediato, pues nunca se probó tampoco que ella estaba trabajando para el día 4 de agosto de 2020, y solo se indicó en los alegatos que ella ingresó de licencia de maternidad, que ella ingreso de licencia de maternidad posterior a esta fecha. Manifestación, que repito que no se pudo probar o establecer dentro de la presente litis. Así las cosas, dejo plasmado el recurso pertinente, muchas gracias".

pagar a su favor la indemnización por despido injustificado establecida en el artículo 64 C.S.T., la indemnización moratoria, cesantías, intereses sobre las cesantías, prima de servicios, vacaciones y aportes a seguridad social causados entre el 25 de septiembre de 2020 y el 24 de abril de 2021, intereses moratorios sobre las sumas pretendidas, lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Obtuvo sentencia parcialmente favorable a sus aspiraciones, por cuanto, se declaró que el contrato de trabajo que existió entre las partes terminó por expiración del plazo fijo pactado y se condenó a la demandada a pagar la suma de $9’750.000 por concepto de indemnización moratoria en los términos del artículo 65 C.S.T. Lo anterior tras considerar el a quo que se acreditó la existencia de un contrato de trabajo a término fijo entre las partes que se extendió entre el 25 de febrero de 2020 y el 24 de septiembre de la misma anualidad; estimó que mediante el correo enviado al demandante el 4 de agosto de 2020 denominado “invitación a reunión”, se cumplió con el requisito del preaviso establecido en el artículo 46 C.S.T., por lo que el contrato terminó por expiración del plazo fijo pactado y por tanto no hay lugar a la indemnización por despido injusto. Encontró que la demandada no acreditó haber pagado al actor a la terminación del contrato de trabajo, las acreencias finales y solo vino a constituir un título judicial a favor del demandante el 20 de enero de 2021, por lo que procede la indemnización moratoria.

De tal manera, la Sala abordará el estudio del recurso de apelación, en el punto concreto objeto de censura, esto es, la indemnización por despido sin justa causa, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (tantum devolutum quantum apellatum).

Así las cosas, advierte la Sala no es objeto de controversia en esta instancia, la existencia del contrato de trabajo a término fijo a siete meses suscrito entre las partes, el cual se desarrolló del 25 de febrero al 24 de septiembre de 2020, como tampoco el cargo para el cual fue contratado el actor -ABOGADO- ni el salario de $2.500.000, aspectos que además de ser señalados por el *a quo* sin que fueran objeto de apelación, fueron aceptados por la propia encartada desde la contestación de la demanda y se encuentran acreditados con la documental visible a folios 1 a 7, 10 y 14, expediente digital, carpeta 04, archivo pruebas demanda Jorge Palacios.pdf.

Establecido lo anterior y en aras de resolver la apelación del demandante relacionada con la **Indemnización por despido**, se procederá analizar si en efecto la sociedad demandada comunicó de manera oportuna la decisión de no prorrogar el contrato al accionante, dentro del término establecido en la ley laboral. Al efecto, se recuerda que el artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo, en su numeral 1° señala:

"*Si antes de la fecha del vencimiento del término estipulado, ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con una antelación* ***no inferior a treinta (30) días****, éste se entenderá renovado por un período igual al inicialmente pactado, y así sucesivamente".*

Como medio de prueba se aportó al paginario carta de terminación del contrato de trabajo, adiada 17 de septiembre de 2020.

Bogotá., 17 de septiembre de 2020.

Señor
JORGE LEONARDO PALACIOS NIÑO
C. C. 1.052.390.107
Abogado

ASUNTO: TERMINACIÓN DE CONTRATO A TERMINO FIJO

Estimado Jorge:

Nos permitimos comunicarle, que, de acuerdo a lo establecido en el contrato de Trabajo, firmado el 25 de febrero de 2020 y cumpliendo el término fijo para el cual fue contratado, se da por terminado el contrato de trabajo a partir del 24 de septiembre de 2020.

En consecuencia, y en el momento oportuno, sírvase presentarse en la Oficina de Desarrollo Humano para reclamar sus acreencias laborales.

De otra parte, le solicitamos informarnos teléfono celular personal y correo personal para enviarle documentos pertinentes a la finalización de la relación laboral.

También es importante que se acerque a la oficina de Interoc S.A Sucursal Colombia, a entregar los equipos, activos y dinero que le fueron entregados para el desarrollo de sus funciones durante el tiempo de su contrato.

En consecuencia, y en el momento oportuno, sírvase presentarse en la Oficina de Desarrollo Humano para reclamar sus acreencias laborales.

De otra parte, le solicitamos informarnos teléfono celular personal y correo personal para enviarle documentos pertinentes a la finalización de la relación laboral.

También es importante que se acerque a la oficina de Interoc S.A Sucursal Colombia, a entregar los equipos, activos y dinero que le fueron entregados para el desarrollo de sus funciones durante el tiempo de su contrato.

Agradecemos la colaboración prestada a la compañía, deseándole éxitos en sus actividades futuras.

Cordialmente;

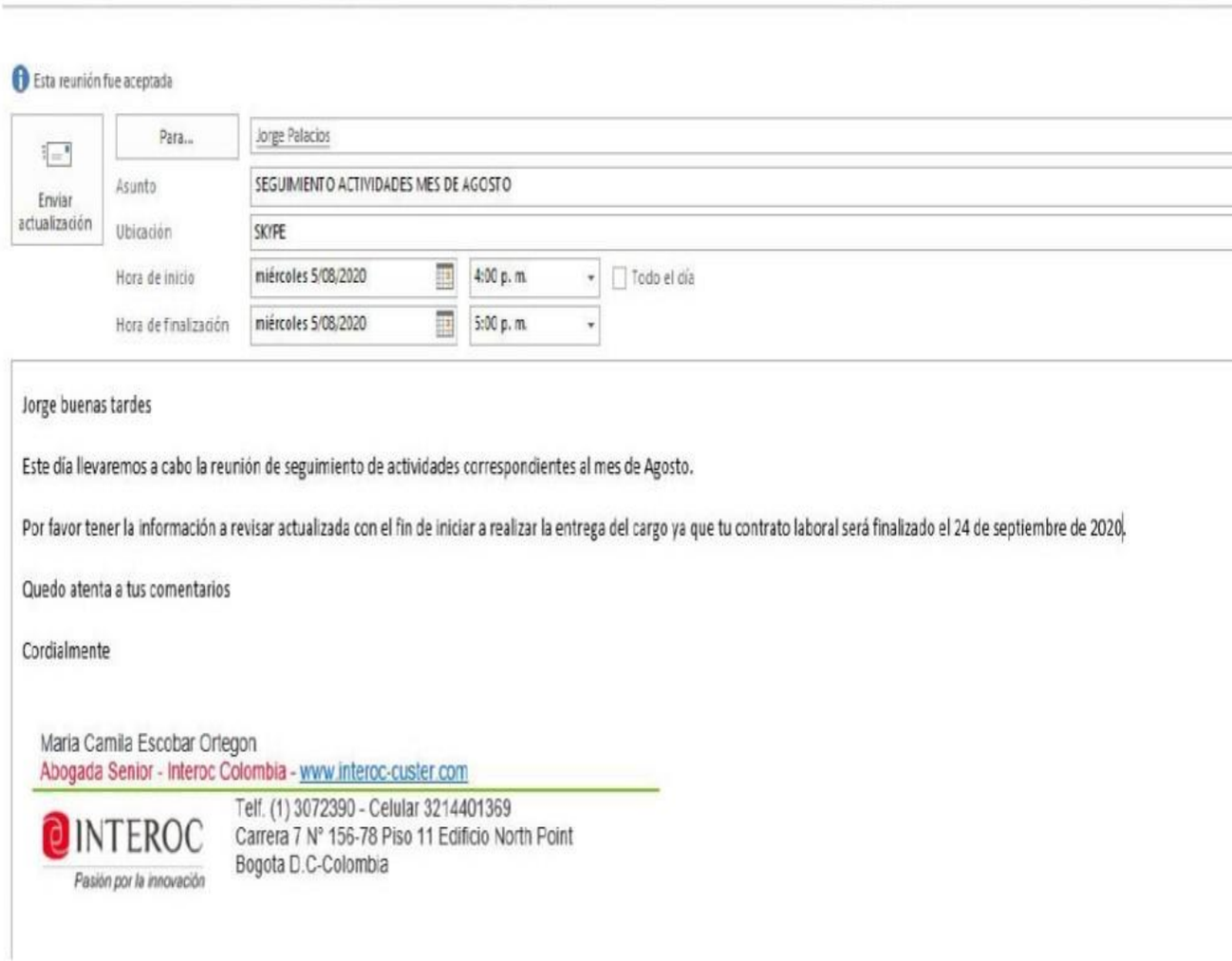
Juliana Gonzalez Gil

JULIANA GONZALEZ GIL
BUSINESS PARTNER DE DESARROLLO HUMANO
Interoc S.A Sucursal Colombia
Pbx: 3072400 ext. 1140-1160.

Informado:

C.C.

Así mismo se aportó el correo electrónico de 5 de agosto de 2020, mediante el cual, la parte demandada afirma haber comunicado al aquí demandante la decisión de la empresa de no renovar el contrato de trabajo celebrado por las partes, documento que es del siguiente tenor:



Esta reunión fue aceptada

Enviar actualización

Para... Jorge Palacios

Asunto SEGUIMIENTO ACTIVIDADES MES DE AGOSTO

Ubicación SKYPE

Hora de inicio miércoles 5/08/2020 4:00 p. m. Todo el día

Hora de finalización miércoles 5/08/2020 5:00 p. m.

Jorge buenas tardes

Este día llevaremos a cabo la reunión de seguimiento de actividades correspondientes al mes de Agosto.

Por favor tener la información a revisar actualizada con el fin de iniciar a realizar la entrega del cargo ya que tu contrato laboral será finalizado el 24 de septiembre de 2020.

Quedo atenta a tus comentarios

Cordialmente

Maria Camila Escobar Ortegon
Abogada Senior - Interoc Colombia - www.interoc-custer.com
Telf. (1) 3072390 - Celular 3214401369
Carrera 7 N° 156-78 Piso 11 Edificio North Point
Bogota D.C-Colombia
INTEROC
Pasión por la innovación

Absolvió interrogatorio el demandante *(expediente digital, archivo11Audienciasentencia20220322.mp4 min. 01:48:28)* refirió, se postuló a la demandada para suplir una vacante, para el cargo de abogado y se le indicó que era para el reemplazo de una licencia de maternidad; aceptó la vacante sus funciones eran las de cobro de cartera y asesoría legal. En una oportunidad realizó un acompañamiento en temas laborales, conocía el tipo de contrato que había celebrado. Refirió, en la empresa existe un área de talento humano y contratación y son ellos los encargados de la contratación del personal; explicó él no era el encargado de la contratación. Dio cuenta que la empresa le pagó sus prestaciones por medio de un depósito judicial, cuatro meses después de la terminación del vínculo laboral. Tiene entendido que la oficina de contratación y talento humano elaboró el contrato de trabajo que celebró con la demandada. El contrato terminó el 24 de septiembre y previo al 24 de agosto se le envió un correo denominado seguimiento de actividades mas no terminación de contrato.

Rindió testimonio ANDREA JULIANA GONZALEZ GIL *(expediente digital, archivo11Audienciasentencia20220322.mp4 min. 01:34:01)* empleada de la demandada, se desempeña como bussines partner en el área de desarrollo humano. Conoció al demandante cuando fue vinculado para cubrir una licencia de maternidad de María Camila la abogada que desempeña el área legal de la compañía. Le consta porque fue ella quien generó la vinculación y dentro de sus funciones están las de hacer el proceso de selección y tiene a su cargo el área que hace la contratación de las personas en la empresa. En la oferta se señaló que era un contrato a término fijo para cubrir la licencia de maternidad. El contrato se pactó por siete meses por razones de empalme en el cargo. Para la desvinculación del demandante, la abogada María Camila le envió un preaviso como el 4 o 5 de agosto y el 17 de septiembre se le envió una carta informándole que podía acercarse a desarrollo humano para retirar su liquidación. Aseguró que Maria Camila se reintegró de la licencia de maternidad el 4 de agosto y el contrato del demandante iba hasta el 24 de septiembre de 2020. En el correo decía que se le iba a hacer un seguimiento de su cargo dado que el contrato terminaba el 24 de septiembre. La decisión de terminación del contrato es de los jefes inmediatos de la persona. Eso está anotado en un procedimiento, pero en talento humano no tenían conocimiento que se debía “dar una carta formal” porque no hay un procedimiento de contrato a término fijo como tal. Desde el área de talento humano no le indagaron al demandante como proceder en el caso de la terminación del contrato a término fijo.

La testigo CAROL ALEXANDRA BUITRAGO MARTÍNEZ *(expediente digital, archivo11Audienciasentencia20220322.mp4 min. 01:10:53),* se desempeña como analista de compensación en la sociedad demandada. Conoce al demandante, trabajó en la demandada cubriendo una licencia de maternidad; la trabajadora se reintegró el 4 de agosto de 2020; sin embargo, el contrato inició antes que empezara la licencia y se extendió luego del reintegro de la trabajadora por razones de empalme. Refirió que en la oferta laboral y en todo momento hubo claridad frente a la modalidad del contrato, que lo era a término fijo y cuando María Camila Escobar retomó sus labores, de manera escrita le presentó el preaviso al demandante indicándole que su contrato terminaría el 24 de septiembre de 2020. Dijo que siempre lo manejan así; quien trabaja con la persona es quien entrega la notificación. Aclaró, fue el único contrato a término fijo que manejó la empresa; los demás son a término indefinido. No se le dio ninguna instrucción a Maria Camila porque el área legal es la que maneja esos casos debido a que estos contratos no se manejan normalmente

Pues bien, teniendo en cuenta que el contrato de trabajo a término fijo celebrado por las partes tenía pactada como fecha de su terminación el 24 de septiembre de 2020, en armonía con lo dispuesto en el artículo 46 C.S.T., el aviso escrito de comunicación, es decir, a más tardar el 23 de agosto de 2020; sin embargo, la misiva de 17 de septiembre de 2020 remitida al demandante, no cumplió con esa regla de temporalidad, en tanto para esa fecha, faltaban tan solo siete días para que expirara el plazo inicial del contrato de trabajo y por tanto no podía impedir que se renovara el contrato de trabajo.

Por lo anterior, el juez a quo pasó a analizar el correo remitido al demandante el 5 de agosto de 2020, por parte de María Camila Escobar Ortegón, abogada de la sociedad demandada y precisamente a quien el aquí demandante estaba reemplazando en su licencia de maternidad, documento mediante el que según la demandada, se le informó al convocante que su contrato de trabajo no sería renovado.

En aquel documento, además de indicarle al actor que se haría una reunión de seguimiento a sus actividades del mes de agosto, se le indicó textualmente *"Por favor tener la información a revisar actualizada con el fin de iniciar a realizar la entrega del cargo ya que tu contrato laboral será finalizado el 24 de septiembre de 2020"*

En relación con esa comunicación, el juez de primer grado recabó en que se hizo al demandante una clara alusión a que su contrato terminaría el 24 de septiembre de 2020, es decir, no sería renovado. Remitiéndose a lo dispuesto en el artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo, concluyó que la señora María Camila Escobar Ortegón, en calidad de abogada senior de la sociedad enjuiciada, ejerció un acto de representación al informarle al señor Jorge Leonardo Palacios Niño, que su contrato de trabajo finalizaría el 24 de septiembre de 2020, documento que para el efecto funge como preaviso dentro del término de ley, en tanto el artículo 46 C.S.T. no exige una *"fórmula sacramental"* para comunicar la decisión de no renovación del contrato.

Del análisis del contenido del correo enviado al demandante el 5 de agosto de 2020, emerge claramente, que además de referir la celebración de una reunión de seguimiento se le informó al trabajador que su contrato se extendería hasta la fecha final del plazo pactado, misiva que a juicio de la Sala contiene el preaviso legal y

aunque en aquel documento no se manifestó de forma expresa la decisión de no prorrogar el contrato, ello se deduce sin dificultad del texto, en donde la abogada senior le manifestó al demandante que se iba a iniciar la entrega del cargo, porque su contrato sería finalizado el 24 de septiembre de 2020.

Teniendo en cuenta que el recurrente fundamentó su censura entre otras razones, en la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de 30 de mayo de 2019, con radicación 49903[2], es pertinente señalar, el caso allí analizado resulta

---

[2] "En torno a tal aspecto, el Tribunal indicó que, con arreglo a las previsiones del artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo, para la finalización de un contrato de trabajo a término fijo resultaba necesario que cualquiera de las partes, en un lapso no inferior a 30 días antes de la expiración del plazo, comunicara a la otra, *«…en forma inequívoca, la determinación de no prorrogarlo.»* Asimismo, para el caso concreto, concluyó que el documento obrante a folios 27 y 115 cumplía con esa finalidad, *«…ya que de su contenido, se infiere en concreto la determinación de no prorrogar el contrato que vencía el 1 de mayo de 2002.»*

En el proceso quedó claro que el actor estuvo vinculado a la demandada a través de un contrato de trabajo a término fijo por tres años, contados entre el 2 de mayo de 2003 y el 1 de mayo de 2006 (fol. 17). Asimismo, que el 21 de marzo de 2006 recibió una comunicación suscrita por la jefe de la Unidad de Talento Humano (fol. 27 y 115), a través de la cual le fue manifestado lo siguiente:

> *Me permito recordarle que el próximo 1 de mayo de 2006, vence su contrato de Trabajo suscrito con la Universidad.*
>
> *Queda a consideración del Consejo Directivo y su consentimiento, cualquier eventual renovación.*
>
> *Sea esta la oportunidad para agradecer los servicios prestados a la Institución.*

Dicha comunicación, objetivamente analizada, no permite evidenciar que la institución demandada le hubiera manifestado al trabajador, *de manera inequívoca,* su intención de no prorrogar el contrato de trabajo, como lo determinó el Tribunal, de manera tal que dicha corporación incurrió efectivamente en los errores de hecho denunciados por la censura, al concluir que la Universidad había cumplido con el preaviso reglado en el artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo.

En efecto, de los términos claros y obvios de la comunicación se extrae un simple recordatorio de la empresa al trabajador, relativo a que el contrato de trabajo vencía el 1 de mayo de 2006, pero no se encuentra claramente expresada la decisión de darlo por terminado e impedir su prórroga, sino que, contrario a ello, se alberga explícitamente la posibilidad de su renovación, por acuerdo con el Consejo Directivo.

Nada más contrario al preaviso de no prorroga del contrato de trabajo de que trata la ley que una simple advertencia de la expiración del plazo, como la que se ha mencionado, con la sugerencia explícita de que la renovación podía ser pactada con el Consejo Directivo de la institución. Una comunicación de tales contornos, lo que evidencia es justamente lo contrario a lo concluido por el Tribunal, pues deja ver que la institución demandada no estaba aún convencida de la suerte que debía tener el contrato de trabajo del actor, por ser un asunto que debía evaluarse con los órganos rectores de la institución.

La anterior conclusión encuentra mayor soporte si se tiene en cuenta que, de acuerdo con la comunicación del 28 de abril de 2006 (fol. 39), suscrita por el presidente de la institución demandada y enviada unos días antes de la finalización del plazo inicialmente pactado, la razón real de la desvinculación del demandante estuvo dada en la supresión de la Oficina Jurídica, que solo fue tratada y aprobada por el Consejo Directivo, en las reuniones del 9 de mayo de 2006 (fol. 46 a 50) y 27 de junio de 2006 (fol. 64 y 65), después de que se había cumplido el término inicialmente pactado del contrato de trabajo, como se reconoce en una nueva comunicación del 4 de julio de 2006 (fol. 62 y 63).

Así las cosas, de la valoración objetiva y conjunta de los anteriores elementos de prueba, cuya errónea apreciación denuncia la censura, se puede evidenciar que en la comunicación del 21 de marzo de 2006 (fol. 27 y 115), en la que se fundamentó el Tribunal, tan solo se recordó la fecha de terminación del plazo del contrato de trabajo, pero no le fue expresada al trabajador, de manera cierta y perceptible, la decisión de la empresa de no prorrogarlo y proceder a su culminación, pues, contrario a ello, se albergó la posibilidad de renovarlo, previo acuerdo con el Consejo Directivo. Asimismo, hasta antes de los 30 días previos a la finalización del contrato de trabajo, el 1 de mayo de 2006, no fue presentada alguna otra comunicación que cumpliera las condiciones previstas en el artículo 46 del

distinto al que aquí es estudia, en tanto la comunicación que se le remitió al aquí demandante, como ya se dijo contiene la decisión en el sentido de anunciarle al actor que el vínculo terminaría el 24 de septiembre de 2020, fecha que era la señalada para la expiración del plazo fijo pactado, mientras en el asunto analizado por la Corte Suprema, la misiva en que se le recordaba al trabajador la fecha de expiración del contrato a término fijo, estuvo acompañada de la posibilidad de una eventual renovación, por lo que no pueden aplicarse al caso de marras, las conclusiones a que en ese caso arribó el Alto Tribunal, pues aquí la comunicación de terminación fue pura y simple, no sujeta a ningún condicionamiento.

Otra de las inconformidades planteadas por el recurrente, consiste en que para la fecha de remisión del correo electrónico de aviso de no prórroga del contrato (5 de agosto de 2020) la remitente del mensaje aún estaba en licencia de maternidad, lo que le impedía tomar decisiones al interior de la compañía.

En este sentido, se advierte que las testigos ANDREA JULIANA GONZALEZ GIL y CAROL ALEXANDRA BUITRAGO MARTÍNEZ, empleadas del área de recursos humanos de la empresa, fueron coincidentes en reseñar, que la abogada María Camila Escobar Ortegón se reintegró de su licencia de maternidad el 4 de agosto de 2020 y aunque dichas versiones entran en contradicción con el correo electrónico de 2 de septiembre de 2020, donde la citada abogada comunica al grupo de trabajo que a partir de esa fecha retoma sus labores, luego de su licencia de maternidad, lo cierto es que, como lo señaló el juez de primer grado, en calidad de representante del empleador y con el tiempo suficiente, le comunicó al aquí demandante la decisión de la empresa de terminar el contrato de trabajo a la expiración del plazo pactado, cumpliendo así con las previsiones del artículo 46 C.S.T., esto es, independiente que la abogada María Camila Escobar, representante del empleador estuviera en licencia o no, lo cierto es que el actor fue notificado oportuna y claramente de la decisión del ente empresarial, conforme las previsiones legales para esta modalidad contractual.

Código Sustantivo del Trabajo, para evitar su prórroga, por un término igual, pues la comunicación que sí fue concluyente en la determinación de finalizar el vínculo data del 28 de abril de 2006.

Como consecuencia, se repite, el Tribunal incurrió en un error de hecho manifiesto al concluir que la comunicación del 21 de marzo de 2006 cumplía con los presupuestos reglados en el artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo y que, como consecuencia, la empresa le había manifestado al trabajador, de manera inequívoca, su deseo de no prorrogar el contrato de trabajo".

En los términos que anteceden, agotándose de ésta manera la competencia de la Sala, por el estudio de los aspectos que la motivaron, habrá de confirmarse en su integridad la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante.

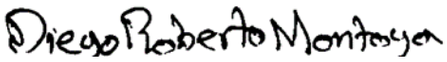
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo el demandante.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



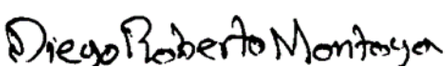
ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $200.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

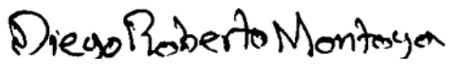
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JORGE EDUARDO PEÑA ACHURY CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 39 2020 00005 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada PAOLA ALEJANDRA MORENO VASQUEZ, como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA, en su calidad de representante legal de la sociedad CAL & NAF ABOGADOS S.A.S, apoderada principal (fl. 7).



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la demandada COLPENSIONES (fls. 4 6), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, en virtud del grado jurisdiccional de Consulta en favor de la parte actora, frente a la sentencia

proferida por la Juez Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 28 de febrero del 2022 *(Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams Archivo 8 expediente digital, record: 17:55),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: ABSOLVER** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, de todas las pretensiones incoadas por el señor JORGE EDUARDO PEÑA ACHURI, atendiendo las consideraciones expuestas en la parte motiva.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR** probadas las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido y carencia de causa para demandar, teniendo en cuenta las razones expuestas.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** en COSTAS a la parte demandante, en las cuales se debe incluir como agencias en derecho la suma de $500.000.*
>
> ***CUARTO: CONSÚLTESE** la presente decisión con el Superior, por resultar adversa a COLPENSIONES (sic)"*

La ausencia de apelación contra la providencia anterior explica la presencia de las diligencias en esta sede judicial a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA** en favor del demandante, a lo cual se procede, previa la constatación de que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado.

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante, señor JORGE EDUARDO PEÑA ACHURI las pretensiones elevadas en las páginas 2 y 3 Archivo 1 del expediente digital, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados en la página 2 ibídem, pretendiendo principalmente se declare que ha cotizado un total de 1974 semanas al sistema general de pensiones y por ende se le debe pagar la pensión de vejez, solicitando sus mesadas pensionales desde el 27 de julio del 2017 (fecha de la solicitud de pensión), junto con primas legales, intereses de mora y costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia adversa a sus aspiraciones** por cuanto absolvió a la demandada de todas las pretensiones, tras considerar que si bien el demandante es beneficiario del régimen de transición no alcanzó el cumplimiento de los requisitos antes del 31 de diciembre de 2014, razón por la cual no es procedente el reconocimiento en los términos solicitados, destacando, el Acto Legislativo estableció que el

régimen de transición no podía extenderse más allá de esa fecha y en cuanto al retroactivo adujo que la pensión debía reconocerse a partir del cumplimiento de los 62 años, esto es, 4 de abril del 2019 tal como lo hizo Colpensiones.

Así las cosas, advierte esta Corporación, aunque las pretensiones de la demanda no son del todo muy claras, en tanto en el expediente obra acto administrativo SUB 163534 del 25 de junio del 2019 proferido por COLPENSIONES a través del cual se le reconoce la pensión de vejez al señor JORGE EDUARDO PEÑA ACHURY conforme a lo dispuesto en la Ley 797 del 2003, a partir del 4 de abril del 2019 en cuantía de $828.116 *(Archivo 4 expediente digital)*, analizando las demás pruebas obrantes, se evidencia que lo que pretende el actor es el reconocimiento de la pensión de vejez bajo el manto del régimen de transición, ello por cuanto obra un recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la Resolución SUB 16296 del 23 de agosto del 2017 en donde expresamente señala el actor: "*COLPENSIONES, no aplicó el régimen de transición contemplado en el parágrafo transitorio No. 4 del Acto Legislativo 01 de 2005 desconociendo un derecho adquirido al régimen de transición" (Archivo 1 expediente digital, página 37).*

En este orden de ideas y en aras de dar aplicación al grado jurisdiccional de Consulta que se surte en favor del demandante, se verificará en primer lugar si el demandante es beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, beneficio que de acuerdo con la modificación introducida al artículo 48 de la Constitución Política, por medio del parágrafo transitorio 4 del Acto Legislativo 01 de 2005[1], tiene **dos límites** temporales, el primero de ellos, el 31 de julio de 2010, término para que los beneficiarios del citado régimen acreditaran el cumplimiento de los requisitos de edad y semanas de cotización o tiempo de servicios con miras a que tales

[1] "*Parágrafo transitorio 4o. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.*

Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen"

supuestos y el monto de la pensión de vejez, fueran los establecidos en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados; y el segundo, en el evento de acreditar 750 semanas de cotizaciones acumuladas a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo -29 de julio de 2005- el beneficiario del régimen de transición continuaría cobijado por el mismo hasta el año 2014.

De tal manera, en el expediente reposa copia de la cédula de ciudadanía del actor (Archivo 4 expediente administrativo aportado por Colpensiones) que da cuenta de su fecha de nacimiento el 4 de abril de 1957, ello permite concluir que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, a 1° de abril de 1994 contaba con 36 años de edad; no obstante para la misma data acumuló más de 15 años de servicios cotizados, esto es, 828,71 semanas equivalentes a **16 años, 1 mes y 11 días** conforme se consigna en la HISTORIA LABORAL aportada por Colpensiones. Por tanto, en principio SÍ sería beneficiario del régimen de transición, por lo menos hasta el 31 de julio de 2010, beneficio que mantuvo su vigencia hasta diciembre del 2014 por contar con más de 750 semanas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 (29/07/2005), debiéndose proceder entonces a la verificación del régimen que le sería aplicable a efecto de establecer sus requisitos y la acreditación de los mismos en el plenario antes del **31 de diciembre de 2014**, limite que como se dijo fue establecido por el acto legislativo 01 de 2005.

En cuanto al régimen anterior, se observa que el accionante durante su vida laboral ha efectuado cotizaciones a COLPENSIONES, desde el 21 de mayo de 1974, fecha que se consigna en citado el reporte de semanas cotizadas atrás citado, **por lo que el régimen anterior aplicable a la situación pensional del actor lo sería el contenido en el Acuerdo 049 de 1990**, que en su artículo 12 exige la edad de 60 años para el hombre y la acumulación de 500 semanas cotizadas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la misma o 1000 semanas en cualquier tiempo, eso sí, como se dijo, antes del 31 de diciembre del 2014.

En relación con el requisito de edad, encuentra la Sala que el señor SANCHEZ LOBATON alcanzó los 60 años solo hasta el **4 de abril del 2017**,

es decir, en fecha posterior a los dos límites establecidos en el Acto Legislativo 01 de 2005 -31 de julio de 2010 y 31 de diciembre del 2014-, razones por las cuales perdió el beneficio transicional que solo se mantuvo hasta el 2014, data para la cual se debía acreditar tanto la edad como las semanas exigidas para adquirir la pensión bajo el manto de la norma anterior a la Ley 100 de 1993, requisitos que como se vio no acreditó el accionante en tanto la edad requerida fue cumplida hasta el año 2017.

De otra parte, bueno resulta indicar, el demandante no contaba con un derecho adquirido, pues recuérdese solo puede predicarse un derecho adquirido en el evento de encontrar reunidos los requisitos previstos en la norma aplicable, que para el caso de marras es el aludido Acuerdo 049 de 1990, antes del 31 de diciembre de 2014, pues de ser así el derecho pensional, ingresaría al patrimonio del demandante y por ende se consolidaría en su favor un derecho adquirido.

Por otro lado, no sobra agregar, frente a los límites temporales establecidos por el Acto Legislativo 01 de 2005, estos no vulneran o desconocen los principios del derecho laboral, incluso éstos ya fueron objeto de estudio por la Honorable Corte Constitucional en la sentencia SU-555 del 24 de julio de 2014[2]. En ese orden basta con recordar que allí se indicó que el Acto

---

[2] *"La Sala Plena de la Corte Constitucional estudió las acciones de tutela instauradas por María Cristina Ochoa Mendigaña y Marceliano Ramírez Yáñez contra el Banco de la República.; Alberto Rivera Arévalo, Mario Infante Bonilla, John Genoy Murillo, Jorge Omar Nieto Mora y Yolanda Moreno Rivera contra la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. –E.T.B.-y José Fernando Pabón Salcedo contra ECOPETROL S.A, quienes pretendían el reconocimiento de sus pensiones por fuera del marco del sistema general de pensiones y solicitaban la aplicación de cláusulas convencionales, más allá del término establecido en el Acto Legislativo 1 de 2005.*

Como fundamento de lo anterior, los accionantes alegaban la necesidad de la aplicación directa e inmediata de una recomendación proferida por la Organización Internacional del Trabajo –OIT frente al Acto Legislativo 01 de 2005.

Sobre el particular, la Sala Plena de la Corte Constitucional reiteró que sólo las recomendaciones emitidas por el Comité de Libertad Sindical, debidamente aprobadas por el Consejo de Administración son vinculantes o de obligatorio cumplimiento para el Estado colombiano, y por tanto, la recomendación objeto de estudio es obligatoria. No obstante, ello no quiere decir que las autoridades nacionales no conserven un margen de interpretación y apreciación de las mismas para determinar su compatibilidad con el ordenamiento constitucional y para la adopción de las medidas concretas para hacerlas efectivas. De igual manera, recordó que de conformidad con la jurisprudencia constitucional, Comunicado No. 29. Corte Constitucional. Julio 23 y 24 de 2014 10 las demás recomendaciones expedidas por la OIT son directrices para la aplicación de los derechos laborales.

En consecuencia, en el caso concreto la Sala Plena de la Corte Constitucional consideró que la recomendación era obligatoria, pero en virtud del margen de interpretación fijó su alcance frente a

Legislativo 01 de 2005 no desconoce la recomendación de la OIT relacionada con el respeto de los derechos adquiridos, determinándose que en los casos allí estudiados, los accionantes no contaban con derechos adquiridos ni con expectativas legítimas, nótese que para la causación de la pensión se exige no solo el cumplimiento de las semanas de cotización exigidas por la respectiva ley sino también la edad, distinto al entendimiento asignado a las pensiones restringidas, cuyo disfrute o exigibilidad se alcanza con el cumplimiento de la edad, situación que no es la de autos.

---

los parágrafos del Acto Legislativo 01 de 2005 relacionados con el tema de las pensiones convencionales.

En primer lugar, señaló que las cláusulas relacionadas con pensiones contenidas en Convenciones Colectivas suscritas con anterioridad a la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, podían prorrogarse automáticamente hasta el 31 de julio de 2010, fecha límite impuesta por el artículo 48 de la Constitución.

En segundo lugar, en relación con los derechos convencionales estableció las siguientes subreglas:

a) Se considerarán derechos adquiridos, aquellos surgidos de las convenciones vigentes antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y, a las que tengan acceso las personas que cumplían los requisitos para esa misma época.

b) Se considerarán expectativas legítimas: (i) las de aquellos trabajadores que si bien no cumplían los requisitos a la entrada en vigencia del Acto Legislativo, sí lo hacían y se encontraban cobijados por convenciones celebradas antes del 29 de julio de 2005 y con fecha de vencimiento posterior al año 2005, o incluso hasta el 31 de julio de 2010, mientras éstas continuaran vigentes y, (ii) las de aquellos trabajadores que cumplieron los requisitos durante las prórrogas automáticas de las convenciones (vigentes) que se realizaron entre el 29 de julio de 2005 y el 31 de julio de 2010.

c) Finalmente, no se tendrá, ni siquiera como una mera expectativa, aquella situación que surja después de la fecha límite señalada en el Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, el 31 de julio de 2010. En efecto, el artículo 48 Superior, en el parágrafo transitorio 3, dispone: "En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010".

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

En ese entendido, con relación a las pretensiones de los accionantes la Sala Plena concluyó que el Acto Legislativo 01 de 2005 no desconocía la recomendación de la OIT relacionada con el respeto de los derechos adquiridos y en consecuencia, no se vulneraban los derechos invocados por los actores en sus demandas.

Finalmente, se determinó que en los casos objeto de estudio, los accionantes no contaban con derechos adquiridos ni con expectativas legítimas en la medida que cumplieron con los requisitos exigidos en las convenciones, cuando éstas ya no se encontraban vigentes, es decir, con posterioridad al 31 de julio de 2010" .

Así las cosas, como se ha venido señalando el demandante cumplió los 60 años de edad exigidos por el Acuerdo 049 de 1990 el 4 de abril del 2017 y en esa medida, teniendo en cuenta que los requisitos para adquirir la pensión refieren al cumplimiento de la edad y semanas de cotización para el 31 de diciembre de 2014, resulta claro para esta Sala de decisión, pese a la densidad de semanas de cotización del actor, lo cierto es que no se dio el cumplimiento de los dos requisitos y en consecuencia el demandante no cuenta con un derecho adquirido, reiterando al actor conforme al régimen de transición solo le aplicaba el Acuerdo 049 de 1990 dado que sus cotizaciones lo fueron al sector privado, sin que el demandante sea beneficiario de otro régimen, razón por la cual y como se ha venido señalando dado que la edad la cumplió solo hasta el año 2017 su prestación pensional debía ser estudiada a la luz de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003 tal como lo hizo la encartada en la Resolución SUB 163534 del 25 de junio del 2019 (Archivo 4 expediente administrativo).

Ahora y en relación con la solicitud de retroactivo pensional desde el 16 de junio del 2017 (fecha en que elevó por primera vez la solicitud de pensión), como quiera que la prestación pensional fue reconocida en virtud de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003, ha de tenerse en cuenta el artículo 17 de tal normativa señala que "*La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente."*

En ese orden, se advierte que pese a que el actor para el 31 de marzo del 2017 (fecha de la última cotización) tenía 1975,71 semanas de cotización *(Ver historia laboral Archivo 4 expediente administrativo)*, esto es, superaba con suficiencia el requisito de cotizaciones exigidas por la Ley, lo cierto es que la edad requerida, esto es, 62 años los cumplió solo hasta el **4 de abril del 2019,** por lo que el reconocimiento del derecho únicamente se podía otorgar cuando confluyeran los dos requisitos (semanas y edad) y como quiera que la edad se acredito hasta el 4 de abril del 2019, no hay lugar a reconocer algún tipo de retroactivo, pues COLPENSIONES reconoció el derecho en la data antes señalada.

Agotada la competencia en esta instancia, en el grado jurisdiccional de Consulta en favor del demandante, habiéndose arribado a las mismas conclusiones halladas por la juez *a quo* lo que se sigue es la confirmación de la sentencia.

SIN COSTAS en esta instancia.

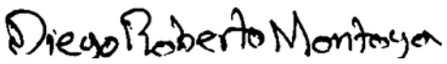
En mérito de los expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

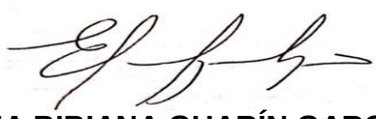
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez 39 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

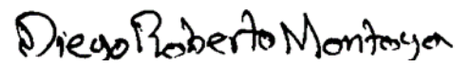
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARTHA REINA SEGURA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y PORVENIR S.A (RAD. 39 2020 00371 01)

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de mayo dos mil veintidós (2022)

Se reconoce personería adjetiva al abogado DANIEL FELIPE RAMÍREZ SÁNCHEZ como apoderado sustituto de la demandada PORVENIR S.A., en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por ANGELICA MARÍA CURE MUÑOZ en su calidad de apoderada principal de la AFP demandada (fl. 8 vto y 9).

Se reconoce personería adjetiva al abogado JHEISSON SANTIAGO GARZÓN PIAMONTE como apoderado sustituto de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA en su calidad de representante legal de la firma CAL&NAF (fl. 19).



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la demandada PORVENIR S.A. (fls.5 a 8), parte demandante (fl. 13) y Colpensiones (fl. 15 a 17), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante, las demandadas PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en

favor de esta última, contra la sentencia proferida por la juez 39 Laboral del Circuito de Bogotá DC, el pasado 14 de febrero de 2022 *(carpeta 24audienciayactaart.77y80, archivo 01AudArt77y80CPTSS, récord 52:45, expediente digital),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** que el traslado que hizo el demandante, la demandante al régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual a través de HORIZONTE hoy PORVENIR y con fecha de efectividad a partir del 1 de julio de 1997, es ineficaz y por ende no produjo ningún efecto jurídico, por lo tanto, se debe entender que la demandante jamás se separó del régimen de prima media.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a PORVENIR a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con rendimientos y comisiones por administración desde el 01 de julio de 1997 hasta que se haga efectiva la sentencia, debidamente indexadas y sin que le sea dable descontar dineros por seguros de invalidez y sobrevivientes, así como el porcentaje destinado a la garantía de la pensión mínima.*
>
> ***TERCERO: ORDENAR** a COLPENSIONES que reciba los dineros de que trata el numeral anterior y que reactive la afiliación del demandante, esto es de la señora MARTHA REINA SEGURA al régimen de prima media sin solución de continuidad.*
>
> ***CUARTO: CONDENAR** a COLPENSIONES a que una vez haya reactivado la afiliación de la señora MARTHA REINA SEGURA al régimen de prima media, pagarle la pensión de vejez bajo los postulados de la ley 100 de 1993, artículo 33 y 34, a partir del 01 de julio del año 2020, en cuantía inicial de $3.175.202.36 por 13 mesadas pensionales al año, esto con los reajustes a que haya lugar hasta que se incluya en nómina.*
>
> ***QUINTO: CONDENAR** a COLPENSIONES a pagar a la demandante el retroactivo pensional a que haya lugar hasta que se incluya en nómina, el cual hasta el 31 de enero de 2022 asciende a la suma de $ 70.802.582,65. (sic), no regálenme un segundo, porque tengo un error aritmético, y me estoy dando cuenta que yo liquide con mesada 14, regálenme un segundo, por favor, que el retroactivo es menor. (sic).*
>
> *Listo y perfecto, me disculpan y para todos los efectos se debe tener que el retroactivo por ser 13 mesadas, hecho yo equivocadamente en la tabla no borre la mesada 13 que es la de junio, se deben solo 13 mesadas asciende el retroactivo a $67.576.259,53, siendo entonces el retroactivo indexado y que a enero de 2022, el 31 de enero de 2022, asciende a la suma de $3.987.465,43. Siendo un total hasta el momento de $71.563.724,96.*
>
> ***SEXTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.*
>
> ***SÉPTIMO: INFORMAR** a COLPENSIONES que puede acudir a las acciones judiciales para obtener el resarcimiento de los eventuales perjuicios que puedan causarse el recibir a la señora MARTHA REINA SEGURA, al régimen de prima media y esto en contra de COLPENSIONES.*
>
> ***OCTAVO: CONDENESE** en costas a PORVENIR S.A. en las cuales se deberá incluir como agencias en derecho, también corrijo porque se liquida sobre el retroactivo de $2.146.911,74. Se exonera de las costas a COLPENSIONES.*
>
> ***NOVENO: CONCÉDASE** el grado jurisdiccional de consulta por resultar adversa a COLPENSIONES."*

Inconforme con la decisión los apoderados judiciales de la demandante, PORVENIR y COLPENSIONES la apelaron.

En primer lugar, la apoderada de la demandante interpuso recurso de apelación exclusivamente en relación con el IBL que encontró acreditado el juzgado y que tuvo en cuenta para calcular la pensión que reconoció a la actora, atendiendo la proyección pensional que se aportó con la demanda en la que se liquidó el ingreso base de liquidación con las cotizaciones de los últimos 10 años, que resulta ser mayor a la determinada por el juzgado[1]. *(carpeta 24audienciayactaart.77y80, archivo 01AudArt77y80CPTSS, récord 56:43, expediente digital),*

La apoderada de PORVENIR S.A. apeló en su integridad la decisión de primer grado. En primer lugar, insistió en que la vinculación de la demandante a la entidad fue completamente válida y eficaz, pues se vinculó en el año 1997 a HORIZONTE, recibiendo la información que la llevó a firmar el formulario de afiliación; además para esa época las asesorías eran verbales y solo se exigía el formulario de afiliación, sin que estuviera en la obligación de hacer comparativos entre regímenes pensionales o analizar el caso particular de cada afiliado ni determinar la conveniencia del traslado y tampoco se requería documento diferente al formulario de afiliación, además, han trascurrido más de 20 años desde la decisión de la demandante, que a su juicio corresponde a una ratificación.

Estimó, con el interrogatorio vertido por la demandante se demostró que la ineficacia del traslado que se pretende no se fundamenta en las faltas al deber de información, sino a que su mesada en el RAIS no cumple con sus expectativas, es decir, la falta de información es una excusa, cuando el motivo real de la demanda es la diferencia en la mesada pensional, situación que escapa a la administradora.

En relación con la condena a devolver los gastos de administración, sumas de la aseguradora y porcentaje de la garantía de pensión mínima, considera que en virtud de las restituciones mutuas, la condena resulta contradictora, en tanto si se declara la ineficacia del traslado, se pierden sus efectos y tampoco habría lugar a devolver los rendimientos que PORVENIR generó con su buena administración. Recabó en que los descuentos por esos conceptos se hicieron al amparo de la ley, aunado a

[1] *"***Apoderada demandante (56:43):** Gracias su señoría, de manera respetuosa interpongo recurso de apelación parcial contra la decisión que acaba de proferir, exclusivamente en relación con el IBL que encontró acreditado el despacho, para efectos de pago de la pensión de vejez, atendiendo para tales efectos las proyección pensional que se aportó al expediente con la demanda, y conforme a la cual la mesada luego de calcular las actualizaciones de los ingresos bases de cotizacion de los últimos 10 años, resulta un poco superior a la establecida por el despacho. En lo demás me encuentro totalmente conforme con la decisión. Muchas gracias".

que la demandante estuvo cubierta frente a los riesgos de muerte e invalidez.[2] *(carpeta 24audienciayactaart.77y80, archivo 01AudArt77y80CPTSS, récord 57:36, expediente digital),*

[2] *"***Apoderada PORVENIR (57:39):** Gracias su señoría, en este momento procesal interpongo el recurso de apelación en contra del presente fallo, de manera integral pues en todo lo que expuso en el mismo, haciendo énfasis en la declaratoria de ineficacia del régimen pensional, pues para eso expongo los siguientes argumentos para que sean tenidos en cuenta por el Tribunal.

Primero, pues como lo indique respecto a esta declaratoria de ineficacia, PORVENIR insiste que esta vinculación pues completamente válida, completamente eficaz, pues la demandante para el año 97 se afilió con la AFP HORIZONTE, pues recibiendo información que la llevo a firmar el formulario de vinculación, además téngase que para dicho momento las asesorías se hacían de manera verbal, y el único elemento exigible pues es ele formulario de afiliación, por lo que esta afiliación es completamente valida y eficaz, por cuanto la demandante tuvo los motivos suficientes, la asesoría para trasladarse o incluso no hacerlo, pues su decisión fue firmar pues este formulario.

Ahora bien, si bien este deber de información pues ha existido desde los inicios de todas las administradoras, lo cierto es que pues este deber de información si ha tenido un desarrollo jurisprudencial, que se ha ido incrementado a lo largo de los años con todas las exigencias impuestas a las administradoras, sin embargo, mi representada considera que en este tipo de proceso y en este fallo que no se es la excepción, pues no ser realiza la debida interpretación de la norma aplicable a dicho momento. Puesto que para el momento que se realizó el traslado de régimen pues la demandante, ejerció libremente el derecho de libre elección de régimen pensional, conforme pues a la normatividad pues al decreto 663 en su artículo 97 numeral 1, que determina, que si bien debe señalarse características del régimen, situación que aconteció, como se ha demostrado, que la demandante pues acepto que si hubo una asesoría, una asesoría grupal y posterior pues la firma del formulario, que ya se hizo de manera individual, pues lo más importante para dicho momento pues era impedir la coacción del derecho de libre escogencia de régimen pensional, por lo que insiste que al contrario de lo que indica la señora juez, que se debía realizar comparaciones entre regímenes pensional, o analizar el caso en particular de la demandante, en cuanto a las semanas que se tenían para dicho momento, téngase que esa información, los fondos privados no lo tenían y no estaban en la obligación de realizarlo, esa obligación o la asesoría se realizaba con la información otorgada por la demandante.

Tampoco la obligación de analizar el caso en concreto, y por ende hablar de la conveniencia del traslado de régimen pensional, este tipo de obligaciones que se pueden asemejar a este buen consejo, pues nacen con posterioridad o tampoco que se requiera otro documento o una prueba diferente a este formulario, por aras al principio de retroactividad de la norma, pues nos e puede exigir deberes a las administradoras que nacen de manera posterior al traslado de la demandante, es claro que la demandante recibió información que la llevo a esa elección objetiva de realizar su traslado o no, y es que no estamos hablando que haya permaneció en el régimen pocos años, sino más de 20 años donde pues en esos 20 años podría retractarse de su primera decisión o trasladarse al Instituto de los Seguros Sociales hoy COLPENSIONES, pero su decisión fue de permanecer, lo que les solicito señores magistrados que por haber existido este acto jurídico que verso por lo más importante, que era la voluntad de la demandante, pues solicito que se respete la voluntad de las partes dispuesta para dicho momento, que se mantuvo en el tiempo. Además, no resulta justo, es casi imposible que los fondos privados entren a probar este deber información o que se allegue otro tipo de documento, por cuanto no existe y adicional que han transcurrido más de 20 años de la decisión adoptada por la demandante, que insisto que se puede hablar de una ratificación.

Ahora bien, quedó claro de acuerdo al interrogatorio que pues esta ineficacia que pretende la demandante pues no es por en si por esta falta del deber de información, sino por que su mesada pensional en el régimen de ahorro individual pues no cumple con sus expectativas, y que pues en el régimen de prima media es mayor, en este tipo de procesos se tiene que se excusa en la falta de deber de información, cuando pues que la realidad de la diferencia entre las mesadas pensionales, pero es algo que realmente se escapa de las administradoras, seguramente que si la mesada pensional en el régimen de ahorro individual fuera superior, pues no se instauraría este tipo de demandas, incluso si

A su turno, el apoderado de COLPENSIONES apeló la decisión de primer grado, recordando el texto del artículo 167 del Código General del Proceso relativo a la carga de la prueba que ha sido puesto de presente en varios pronunciamiento del tribunal, conforme a las que le compete a la aquí demandante demostrar cuales fueron los vicios del consentimiento alegado.

Estimó que resulta desproporcionado imponer a las AFPS imponer cargas probatorias en ese sentido, máxime cuando la demandante se trasladó de régimen en el año 1997, lo que hace imposible demostrar las circunstancias que rodearon su decisión de traslado, época para la que no era obligatorio dejar un registro documental en ese sentido.

Finalmente señaló, de imponer condena en costas a su representada en segunda instancia, se le generaría un detrimento patrimonial.[3] *(carpeta*

---

fuera superior al régimen de prima media, y las personas estuvieran en el régimen de prima media entonces las ineficacias serían a la inversa, porque sabemos que esta es el único fin de esta ineficacia del traslado.

Por ende, solicito señores magistrados que se revoque esta declaratoria de ineficacia y todo lo que conlleva a la misma.

Ahora bien, también tengo que pronunciarme entonces a la condena a devolver de mi representada gastos de administración, sumas de la aseguradora y porcentaje de la garantía de pensión mínima, y es que considera PORVENIR, que en virtud de las restituciones mutuas, pues es contradictorio este tipo de condena, por cuanto se declara la ineficacia del traslado de régimen pensional, pues se pierden los efectos del mismo, y por esto se condena a los fondos a devolver estos conceptos también, pero lo cierto es que si fuera a dejar sin efectos este actos jurídico, pues claramente la actora no tendría derecho a retornar los rendimientos que se han generado por la buena administración que tuvo en su momento HORIZONTE y posterior pues ya PORVENIR, por lo que es un trato injusto, diferenciado este a los conceptos de régimen de ahorro individual, de la afiliación del régimen de ahorro individual, es decir, pues los rendimientos, gastos, sumas y porcentaje para la garantía de pensión mínima, y en este caso estamos en una circunstancia que desconoce pues los efectos de la declaratoria de la ineficacia, y además, de que si mi representada, HORIZONTE, PORVENIR, hizo alguna deducción por estos conceptos pues claro que lo hizo amparado en la ley, artículo 20 de la ley 100.

Aunado, de que frente a estas sumas de seguros de invalidez o sobrevivencia se tiene que pues la demandante tuvo una cobertura, o ha tenido una cobertura durante toda su vinculación con mi representada, y que esas sumas fueron debidamente trasladadas a las respectivas aseguradoras, por lo que no deben retornar al régimen de prima media, y aunado a que estas sumas no serán parte de la pensión en este régimen pensional.

Por lo anterior, entonces solicito señores magistrados revocar en su integridad en presente fallo y con esto dejo sustentado mi recurso. Muchas gracias".

[3] **Apoderado COLPENSIONES (1:04:38):** Muchas gracias señora juez, procedo encontrándome dentro de la oportunidad procesal voy a presentar recurso de apelación sobre el fallo proferido el día de hoy.

24audienciayactaart.77y80, archivo 01AudArt77y80CPTSS, récord 1:04:38, expediente digital),

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

En cuanto a las consideraciones expuestas por la señora juez, la carga de prueba, tenemos que el artículo 167 del código general del proceso, reseña al siguiente tenor:

"Artículo 167: La carga de la prueba incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen." En ese sentido, el honorable tribunal en varios pronunciamientos ha puesto de presente artículo, como la sentencia con ponencia del magistrado Carlos Andres Vargas el pasado 10 de octubre de 2017, proceso 19 2015 0915 frente a la carga de la prueba en este tipo de procesos. Manifestó:

"Los vicios de fuerza y dolo deben ser demostrados por las partes que los alega, y de manera alguna puede trasladarse la carga a la entidad de quien no actuó con dolo, de lo anterior de conformidad con el artículo 167 del código general del proceso, las partes tiene la obligación de probar los supuestos fácticos que fueron de sus alegaciones, según el extremo que ocupan.

En el mismo sentido la sentencia con radicado 07 2015 0822 01, con fecha del 25 de octubre de 2017, el Tribunal superior de Bogotá con ponencia del magistrado Manuel Serrano manifestó los vicios del consentimiento que ella presentó al suscribir el traslado de régimen, por fuerza o por dolo, estima la sala que no se aportaron las pruebas pertinentes, y suficiente por quien tenía la carga procesal. La parte demandante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 167 dl código general del proceso, se debe recordar además frente a los argumentos expuestos en esta audiencia, que las consecuencias del traslado de régimen las define la ley claramente, y por ello cualquier duda interpretativa de la norma, constituye un error de derecho, que no (inaudible), para el consentimiento según lo dispone el artículo 1509 del código civil, menos aun para las personas como la demandante que efectuó el traslado en régimen en diferentes administradoras de pensiones.

Conforme a la jurisprudencia citada, le compete aquí al demandante demostrar cuales fueron los vicios del consentimiento alegado, no bastando para ello la simple manifestación. Cabe advertir que resulta desproporcional la carga de la prueba con las AFP en el caso en particular, COLPENSIONES, que en los casos que se ha declarado la nulidad es la más afectada en lo ateniente al sistema pensional, máxime cuando la afiliación se dio en el año 97, queriendo decir que han transcurrido 23 años a la fecha, configurándose imposible probar las circunstancias que rodearon la suscripción del traslado, fecha para la cual no era obligatorio dejar un registro documental de la misma, por lo cual es completamente aplicable para estos casos el principio que reza, nadie esta obligado a lo imposible, luego entonces al haber fundado la actora su pretensión en hechos de haber sido engañada por los asesores de la AFP, de los fondos privados en los cuales ha estado afiliada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1516 del código civil, le correspondía la carga de probar dicha afirmación, lo que brilla por su ausencia en el presente caso.

De la misma, razón en condenar en costas en segunda instancia y agencias en derecho, se procedería a presentar un detrimento patrimonial al fondo, por lo anterior, le solicito a los honorables magistrados de la sala laboral de Bogotá se revoque la sentencia y se absuelva a mi representada de cada uno de los numerales. Gracias.

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (expediente digital, carpeta 01DemandaActaReparto, archivo 01Demanda.pdf páginas 1 a 4) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo *(páginas 4 a 11, ibídem),* aspirando se declare la nulidad de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con la AFP Horizonte, hoy PORVENIR S.A; se ordene el retorno automático de la demandante a COLPENSIONES ; se ordene a PORVENIR devolver a COLPENSIONES los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, gastos de administración, sumas adicionales del asegurado, así como sus frutos e intereses; se declare que la demandante cumple con los requisitos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 para obtener la pensión de vejez; se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar a su favor la pensión de vejez a partir del 26 de diciembre de 2017, la indexación de las mesadas causadas y no pagadas, los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Obtuvo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A, el 1 de julio de 1997; se condenó a PORVENIR S.A a transferir a COLPENSIONES todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y comisiones por administración debidamente indexadas, sin que se pueda descontar suma alguna por conceptos de seguros de invalidez y sobrevivencia o del porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima y a COLPENSIONES reciba las referidas sumas de dinero. Condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante la pensión de vejez en aplicación de los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993 a partir del 1° de julio de 2020 en cuantía inicial de $3’175.202.36 por trece mesadas al año; a pagar el retroactivo que a enero de 2022 asciende a $71’563.724,96. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado y de otro lado, encontró acreditados los requisitos de ley para otorgar la prestación de vejez a la demandante.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales

puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[4].

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 26 de diciembre de 1960 *(expediente digital carpeta 01, archivo 01Demanda.pdf página 48),* por lo que a 1° de abril de 1994 contaba con 33 años y la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2017, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 31 de julio de 2020 *(página 63 ibídem)* esto es, cuando ya contaba con la edad requerida para adquirir el derecho pensional –tenía 59 años-, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba 708.84 semanas cotizadas al sistema que corresponden a 13,6 años *(página 58 ibídem),* por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **30 de mayo de 1997** con fecha de efectividad a partir del **01 de julio de 1997** *(expediente digital, carpeta 15ContestacionPorvenir20211213, archivo02Contestacion.pdf, folios 41 y 80),* por afiliación que hiciera a HORIZONTE hoy PORVENIR, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP expedida por ASOFONDOS y el formulario suscrito con esa AFP.

[4] *En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".*

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada y que ésta fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal información debe ser objetivamente verificable, en el entendido de que aquél debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión *"libre y voluntaria*" contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura.

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

> *"Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.*
> *Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute**, es eficaz**, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima. Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*
>
> *El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias."*

En tal sentido, *"es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez"* (SL1688 de 2019).

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad

informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc[5], en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

> *"(...)*
> *De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:*
>
> > *Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).*
> >
> > *En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*
>
> ***Entonces, según la norma precedente, 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."*

Frente a este respecto además, esa alta Corporación en sentencia SL-1948 de 2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (*vuelta al status quo ante*, art. 1746 CC). Así, discurrió

> *"**1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen***
>
> *Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.*

[5] *Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020*

Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (…) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».

De ahí que le corresponda a la Sala precisar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto.

Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC).

[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral […] la afiliación respectiva quedará sin efecto».

Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019)".

En ese orden, no se trata de analizar la presencia de vicios que conlleven a la nulidad del negocio jurídico, sino de establecer el cumplimiento del deber de información como condición de eficacia del traslado de régimen pensional, razón por la cual, no se requiere la acreditación en este juicio de la presencia de vicios que invaliden el consentimiento.

Ahora bien, sobre esta temática igualmente, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al

momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado,* por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de**

la carga de la prueba de la actora al fondo accionado PORVENIR (antes HORIZONTE).

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011[6], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más recientemente en

---

[6] *"Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.*

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la "ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA", en donde se señala una mesada pensional de $900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el "RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL", es de $1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

"Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y

que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

"En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

"Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

"Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

"El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.

"(…).

"Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

"Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

"Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

"La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

"La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

"Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

"Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

"Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

"En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña".

las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

> *"(…)* ***Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.***
>
> *(…)*
>
> *Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*
>
> *(…).*
>
> *Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, 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.*

"Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales".

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta 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.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

> ***Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego.*** *A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (…)"*

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información en los términos aquí referidos, pues en manera alguna se evidencia en el plenario que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante[7] no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que en abril o mayo de 1997 unos asesores de HORIZONTE visitaron la compañía donde laboraba, hicieron una reunión donde les hablaron de los beneficios de pasarse a HORIZONTE; les dijeron que iban a tener una mejor pensión, que se iban a pensionar antes que en el ISS, que el fondo público se iba a acabar; luego los asesores diligenciaron los formularios para la firma de cada uno de los empleados, pero sin que se les informara respecto a los requisitos para pensionarse, entre otras especificidades del RAIS.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. *(expediente digital, carpeta 15 contestacionPorvenir, archivo 02Contestacion.pdf, página41),* este no constituyen en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

[7] Audiencia virtual 14 de febrero de 2022, récord 01:04:20

Respecto al comunicado de prensa *(expediente digital, carpeta 15 contestacionPorvenir, archivo 02Contestacion.pdf, páginas 96 a 98),* es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora –HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A.-, no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración a la demandante al momento de trasladarse, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se deja constancia expresa en el sentido de su decisión de vincularse a esa AFP de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.

Aquí también debe resaltar esta Sala, frente a la vigencia del deber de información, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que el este subsiste desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y, por ende, se estableció en cabeza de los fondos privados el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que puedan tomar decisiones informadas.

Así por ejemplo, en sentencia SL1688-2019 reiterada en la SL-3708-2021 y SL-3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

> ***"1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***
>
> ***1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.***
>
> *El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento*

de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

…

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Además, ilustró las diferentes etapas del deber de información, así:

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 1.° 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 3.°, 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 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Como se ve, ya para el año 1997, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada HORIZONTE, hoy PORVENIR omitió en el momento del traslado de régimen **(30 de mayo de 1997, efectivo el 01 de julio de 1997),** el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar, no tiene incidencia alguna que la actora no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen. Al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de HORIZONTE, hoy PORVENIR como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora, de todos los costos cobrados y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto, aclarando en este punto, aunque COLPENSIONES no intervino de manera directa en el acto jurídico de traslado, no puede perderse de vista que en la actualidad dentro de la estructura del sistema de pensiones es la única entidad administradora del régimen de prima media con prestación definida, siendo de contera la llamada a recibir nuevamente a la demandante como su afiliada.

Conviene anotar igualmente, en autos no tiene relevancia lo atinente a la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues es suficiente indicar en este punto, no se está avalando el tránsito de un régimen a otro sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva a retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Asimismo, advierte la Sala con relación con los argumentos de apelación de PORVENIR S.A., antes HORIZONTE, relacionados a los gastos de administración, el porcentaje dirigido a financiar las prestaciones por invalidez y sobrevivencia, garantía de pensión mínima y fondo de solidaridad, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración y los demás conceptos en aras de completar nuevamente el aporte.

Así, en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, se dijo:

> *"Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.*
> *[…]*
> *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 ésta 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.***
>
> *Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada."*

Igualmente, en la sentencia SL1421-2019, Radicación N° 56174 del 10 de abril de 2019, se expuso:

> *"Conforme a lo estableci****do en sede de casación, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia*** *de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, que la actora jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de igual forma, que el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 (…)".*

Frente a esta temática, debe anotarse igualmente el deber de devolver estos dineros incumbe a todas las administradoras del régimen de ahorro individual en la que estuvo afiliada la demandante, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial. Así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

> *"(…)*

> *De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional* ***deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor,*** *sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil.* ***En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.”***

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES[8]*(carpeta 09, archivo 02Contestacion.pdf, página 38, expediente digital)* entidad a favor de quien se surte la consulta, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Es de anotar en este punto, dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración y demás restituciones, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción.

Sobre esto último, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2611, Radicación N° 67972 del 1° de julio de 2020, señaló que las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones, hace inoperante dicho fenómeno extintivo frente a los mismos. Puntualmente dijo esa Corporación:

> *“…recientemente, en la sentencia CSJ SL1421-2019, tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto, sosteniéndose que en materia del derecho del trabajo y la seguridad social, las disposiciones que gobiernan la extinción de la acción son los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, que consagran un periodo trienal para que opere ese fenómeno; sin embargo, se adujo que tal normativa no resulta aplicable a los casos de ineficacia del traslado, por cuanto se trata de una pretensión de carácter*

[8] Se tuvo por contestada la demanda en auto del 4 de febrero de 2022, archivo “07. 2020 139 TIENE POR CONTESTADA - FIJA FECHA (fls. 315 a 317).pdf”, expediente digital.

declarativa, que es precisamente lo que sucede en el sub examine, en la aludida providencia se dijo:

> *Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que* ***las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo,*** *en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.*
>
> *De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el trascurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.*

Conforme a lo discurrido, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, (…)" (Negrillas y subrayas fuera de texto)

En otro giro, dado que la actora solicitó el reconocimiento del derecho pensional y éste fue reconocido por la juez de primer grado, se procede a su estudio, advirtiendo, en virtud de la ineficacia del traslado, e iterando que la actora NO es beneficiaria del régimen de transición, conforme se expuso desde el inicio de esta providencia, se advierte la prestación pensional de la accionante en efecto deber ser estudiada con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993[9], disposición que exige para el caso de los mujeres haber alcanzado 57 años en tanto a partir del 1° de enero del 2014 la edad se incrementó, y cotizaciones en total de 1.000 semanas las cuales se aumentaron desde el 1° de enero del año 2005 en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas.

---

[9] *"**Artículo 33.** Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:*

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre. A partir del 1° de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.
A partir del 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015".

De esta manera, como ya se mencionó, la demandante nació el 26 de diciembre de 1960, conforme consta en la copia de su cédula de ciudadanía *(expediente digital carpeta 01, archivo 01Demanda.pdf página 48),* por lo que acreditó la edad exigida de 57 años, el mismo día y mes del año **2017**; ahora bien, conforme consta en la historia laboral aportada por la demandada PORVENIR S.A. *(expediente digital, carpeta 15 contestacionPorvenir, archivo 02Contestacion.pdf, páginas 44 a 50),* la última cotización efectuada por la demandante correspondió al ciclo de junio de 2020, por lo que, aunque no obra solicitud de reconocimiento pensional, entiende la Sala que fue la intención de la actora, dejar de cotizar para esa data y en consecuencia, el disfrute de la prestación lo es a partir del 1° de julio de 2020 (ciclo siguiente al de la última cotización), tal y como lo analizó la juez de conocimiento y en todo caso, para octubre de 2020, data en que se presentó la demanda, la actora ya no estaba cotizando al sistema general de pensiones.

En cuanto a la cantidad de semanas de cotización, conforme la historia laboral generada por la AFP PORVENIR, se reporta un total de 2031 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones a junio de 2020, data para la que ya tenía cumplidos los 57 años de edad y además acreditó las 1300 semanas exigidas por la Ley, reuniendo con ello los requisitos previstos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

La Juez de conocimiento también encontró acreditados los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez, por lo que conforme lo previsto en el inciso 3º del artículo 21 de la ley 100 de 1993, procedió a su liquidación y habiendo efectuado los cálculos correspondientes con los últimos diez años de cotización por ser más favorable a la actora y aplicando una tasa de reemplazo del 80% determinó como primera mesada la suma de $3’175.202.36,oo, y con base en ella, un retroactivo de $71’563.724,96 a 31 de enero de 2022. Sin embargo, la apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación, señalando que el IBL correspondiente a los últimos 10 años en realidad es superior al determinado por la juez a quo.

En ese orden, esta Sala de decisión procedió a efectuar las operaciones aritméticas correspondientes, con el apoyo del Grupo liquidador creado por el Consejo Superior de la Judicatura, donde se tuvo en cuenta como IBL el promedio de lo cotizado en los diez últimos años de vida laboral por ser más favorable a la demandante. Sin embargo, en lo que tiene que ver con la tasa de reemplazo del 80% conforme a lo

establecido en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, esta Sala de decisión, debe aclarar en primer lugar si bien la accionante cuenta con 2031 semanas de cotización para el año 2020, de acuerdo a la interpretación de tal norma el monto de la pensión no puede superar el 80% del IBL y ese orden solo podrán ser validas hasta máximo **1800 semanas en total**, es decir, solo se pueden adicionar 500 semanas a las 1300 exigidas por la ley, en aras de obtener la tasa de reemplazo teniendo en cuenta la formula decreciente señalada en la citada norma.

Sobre este punto la Máxima Corporación en sentencia de la Sala de Casación Laboral –SL 3207 del 18 de agosto del 2020- indicó:

> *" (…) el derecho pensional que le acude se causa de conformidad a los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, que exigen 62 años de edad para los hombres y 1300 semanas de cotización, con una tasa de reemplazo que oscilará entre el 65 % y el 55 % del IBL, la cual será incrementada en 1.5 % por cada 50 semanas adicionales a las mínimas requeridas, «llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5 % de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización» como lo indica el inciso final del artículo 10º de la Ley 797 de 2003.*
>
> *Por lo cual, es necesario aclarar que para efectos del cálculo de la primera mesada pensional no se accederá a la tasa de reemplazo reconocida por la primera instancia, en razón a que el Juez no tuvo en cuenta que la fórmula decreciente expuesta en el artículo 10 de la Ley 797 de 2003 no solamente aplica para efectos de la base porcentual inicial, sino también para el cómputo del incremento adicional para llegar al tope máximo pensional, que oscilará entre el 80 y el 70.5 %* ***a partir de un máximo de 500 semanas después de las 1300 mínimas requeridas*** *y no de manera abierta hasta agotar las que reporte el afiliado, pues ello rompería el equilibrio matemático en el que fue concebida la ley en comento.* (Subrayas y negrillas fuera de texto)
>
> *(…)*
>
> ***2. Cálculo de la primera mesada pensional***

I B L - DIEZ ULTIMOS AÑOS		**=**		**$ 9.344.721**	
FECHA DE PENSIÓN		**=**		**1/11/2017**	
FÓRMULA DEL % DE PENSIÓN		**=**		**r = 65,5 - 0,5 x s**	
	Disminución en el %	**=**			
	IBL	**=**	*$ 9.344.721*		
	SMLV - 2017	**=**	*$ 737.717*		
	Factor	**=**	*12,67*		
	Factor parte entera	**=**	*12*		
	Desc. por c / SMLV en el IBL	**=**	*0,5*		
	Disminución total	**=**	***6,00***		
	Incremento en el %				
	Semanas cotizadas	**=**	*1.890,00*		
	Semanas validas	**=**	*1.800,00*		
	Semanas Requeridas - 2017	**=**	*1.300,00*		
	Excedente semanas	**=**	*500,00*		
	Grupo de semanas	**=**	*50*		
	Factor	**=**	*10,00*		
	Factor parte entera	**=**	*10*		
	Inc. por c / 50 sem. Adic.	**=**	*1,5*		
	Incremento total	**=**	***15,00***		
PORCENTAJE DE PENSIÓN		**=**		**65,5 - 6,00 + 15,00**	
PORCENTAJE DE PENSIÓN		**=**		**74,50**	Por ciento
VALOR PRIMERA MESADA		**=**		**$ 6.961.817**	

De esta manera al realizar las operaciones aritméticas correspondientes, con el apoyo del Grupo liquidador creado por el Consejo Superior de la Judicatura, las cuales se incorporan como parte integrante de esta sentencia, anexándolas al plenario, teniendo en cuenta los salarios que se indican en la historia laboral aportada se obtiene un IBL de **$4’821.222,83.**

Cálculo Ultimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	***Nº. Días***	***IPC inicial***	***IPC final***	***Factor de indexación***	***Sueldo promedio mensual***	***Salario actualizado***	***Salario anual***
2010	*180*	*71,200*	*103,80*	*1,458*	*$ 2.850.000,00*	*$ 4.154.915,73*	*$ 24.929.494,38*
2011	*360*	*73,450*	*103,80*	*1,413*	*$ 3.100.000,00*	*$ 4.380.939,41*	*$ 52.571.272,97*
2012	*360*	*76,190*	*103,80*	*1,362*	*$ 3.348.000,75*	*$ 4.561.261,03*	*$ 54.735.132,36*
2013	*360*	*78,050*	*103,80*	*1,330*	*$ 3.497.916,67*	*$ 4.651.937,86*	*$ 55.823.254,32*
2014	*360*	*79,560*	*103,80*	*1,305*	*$ 3.636.916,67*	*$ 4.744.996,86*	*$ 56.939.962,29*
2015	*360*	*82,470*	*103,80*	*1,259*	*$ 3.749.000,00*	*$ 4.718.639,51*	*$ 56.623.674,06*
2016	*360*	*88,050*	*103,80*	*1,179*	*$ 4.172.333,33*	*$ 4.918.662,12*	*$ 59.023.945,49*
2017	*360*	*93,110*	*103,80*	*1,115*	*$ 4.355.546,08*	*$ 4.855.608,24*	*$ 58.267.298,91*
2018	*360*	*96,920*	*103,80*	*1,071*	*$ 4.432.500,08*	*$ 4.747.147,22*	*$ 56.965.766,65*
2019	*360*	*100,000*	*103,80*	*1,038*	*$ 4.575.518,42*	*$ 4.749.388,12*	*$ 56.992.657,40*
2020	*180*	*103,800*	*103,80*	*1,000*	*$ 7.612.380,17*	*$ 7.612.380,17*	*$ 45.674.281,00*
Total días	***3600***	***Total devengado actualizado a:***				***2020***	***$ 578.546.740***
Total semanas	***514,29***	***Ingreso Base Liquidación***					***$ 4.821.222,83***

Teniendo en cuenta dicho IBL se procede a determinar la Tasa de Reemplazo conforme lo dispuesto por el artículo 34 de la Ley 100 de 1993 y el aparte jurisprudencial citado, así:

Calculo Tasa de Reemplazo

IBL / SMMLV	*$ 4.821.223*	*$ 877.803*	*5,4924*	
No. SMMLV*0,5	*5,4924*		*2,746187261*	
65,50%	*-*	*2,7462*	***62,7538***	
Semanas adicionales a 1300		*500*		
500 / 50 * 1,5		*15*		
62,7538	*+*	*15,00%*	***T. R.***	***77,754%***

De este modo y contrario a lo referido por la juez a quo la TASA DE REEMPLAZO que se debe aplicar a la actora es del **77,754%**, y no del 80%, pues como se señaló, únicamente se pueden tomar 500 semanas adicionales a las 1300.

Conforme a lo anterior aplicando dicha tasa de reemplazo al IBL obtenido en esta instancia se tiene como valor de primera mesada pensional la suma de **$3’748.684,57** para el 2020.

Ingreso Base Liquidación	***$ 4.821.222,83***
Porcentaje aplicado	***77,75%***
Primera mesada	***$ 3.748.684,57***

Conforme lo anterior, se modificará la decisión de primer grado en este sentido. Igualmente, con apoyo del Grupo Liquidador, se procedió al cálculo del retroactivo pensional, actualizándolo a la fecha de emisión de esta sentencia (31 de mayo de 2022), que asciende a la suma de $95’873.816,01, liquidación que se anexa como parte integrante de la sentencia.

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	***Fecha final***	***Incremento %***	***Valor mesada calculada***	***N°. Mesadas***	***Subtotal***
01/07/20	*31/12/20*	*3,80%*	*$ 3.748.684,57*	*7,00*	*$ 26.240.792,0*
01/01/21	*31/12/21*	*1,61%*	*$ 3.809.038,00*	*13,00*	*$ 49.517.494,0*
01/01/22	***31/05/22***	*5,62%*	*$ 4.023.106,00*	*5,00*	*$ 20.115.530,0*
Total retroactivo				***$ 95.873.816,01***	

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se modificará la decisión de primer grado respecto al monto del retroactivo pensional, que como ya se anotó, fue actualizado a la fecha de emisión de esta sentencia y se confirmará en todo lo demás.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de los expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

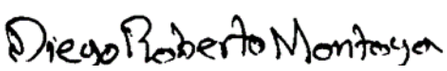
PRIMERO: MODIFICAR el ordinal cuarto de la sentencia de primer grado, determinando que la demandante tiene derecho a la primera mesada de su pensión de vejez a partir del 1° de julio de 2020, en cuantía inicial de $3’748.684,57, conforme lo analizado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal quinto de la sentencia proferida por la a quo, en el sentido de actualizar a la fecha de esta sentencia, el retroactivo pensional a favor de la demandante, en la suma de $95’873.816,01, cifra que se seguirá causando hasta la fecha efectiva de la inclusión en nómina de pensionados.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia de primer grado en todo lo demás, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020