TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR HÉCTOR FERNANDO SÁNCHEZ CASTILLO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A (RAD. 01 2019 01374 01)

Bogotá D.C. treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos por Colpensiones y Colfondos, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 13 numeral primero de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez Primero (1°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el 23 de mayo de 2022 (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., récord 55:16, archivo 11, expediente digital),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado de Régimen Pensional del demandante señor HECTOR FERNANDO SANCHEZ CASTILLO, identificado con la C.C. N. º79.271.144, a través del fondo administrado por la sociedad demandada COLFONDOS S.A., conforme lo expuesto en precedencia.*
>
> ***SEGUNDO: ORDENAR** a la demandada COLPENSIONES autorizar el traslado del demandante HECTOR FERNANDO SANCHEZ CASTILLO, identificado con la C.C. N. º79.271.144 al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido trasladado al RAIS, conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.*

> ***TERCERO: ORDENAR*** *a COLFONDOS S.A trasladar con destino a COLPENSIONES los aportes efectuados por el demandante HECTOR FERNANDO SANCHEZ CASTILLO, identificado con la C.C. N. º79.271.144 en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, además de cualquier monto recibido con motivo de la afiliación de la convocante, sin que le sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por la accionante; conforme también lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.*
>
> ***CUARTO: DECLARAR*** *que la demandada COLPENSIONES, puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.*
>
> ***QUINTO: DECLARAR*** *no probadas las excepciones formuladas por la demandada, así mismo este despacho judicial absuelve de la súplica relacionada con perjuicios morales, y la pretensión subsidiaria tener en cuenta que prosperó la pretensión principal.*
>
> ***SEXTO: SIN COSTAS*** *para las partes en la presente instancia"*

Inconforme con la decisión la apoderada judicial de COLPENSIONES la apeló señalando que no se cumplen los requisitos legales para la declaratoria de nulidad de la afiliación del demandante, en tanto con los traslados horizontales, ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS, lo que ha sucedido por más de diez años. Recordó que no está permitido el traslado de régimen a quien le falten diez años menos para alcanzar la edad de pensión, salvo quienes tuvieran quince años cotizados a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, quienes conservan el derecho de regresar al régimen de prima media en cualquier momento.

Añadió, revisado el expediente administrativo del actor, con anterioridad al año 2019 no encontró ninguna solicitud de traslado o de información ante COLPENSIONES; es decir que para cuando elevó su solicitud de retorno, ya estaba inmerso en la prohibición de traslado del artículo 2° de la Ley 797 de 2003 e indicó que para el año 1995, cuando se cambió al RAIS no tenía una expectativa legítima de pensión que pudiera conllevar la nulidad del traslado.

Hizo referencia a la validez de la manifestación de voluntad señalada en el formulario de afiliación y estimó que las proyecciones pensionales no son prueba útiles para probar un vicio del consentimiento y señaló que para la fecha del

traslado del actor, no existía obligación adicional a la suscripción de formulario de afiliación. Solicitó que en caso que se confirme la decisión de primer grado, se ordene a COLFONDOS la devolución de todos los dineros fruto de la afiliación del demandante[1] (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., récord 57:36, archivo 11, expediente digital),*

---

[1] *"**Apoderada de COLPENSIONES (57:36)** Su señoría siendo la oportunidad pertinente me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia que ha sido proferida en esta instancia y si me lo permite paso a sustentarlo.*

Gracias señor juez, se solicita en primera medida a los honorables magistrados se sirvan revocar la decisión que ha sido tomar en esta instancia, por considerar esta defensa que no se cumplen los requisitos legales para dar lugar al reconocimiento de la nulidad de la afiliación que ha sido declarada en esta instancia, ello a que en el transcurso del proceso se ha observado y ha ratificado la voluntad por parte del demandante de pertenecer al régimen de ahorro individual RAIS, administrado por COLFONDOS, dicha voluntad se vio ratificada por las diferentes traslados horizontales que fueron realizados por el actor.

Así mismo, en preciso señalar que el traslado de los aportes enunciado anteriormente se realizó con la plena voluntad del cotizante y no es procedente que se declare la nulidad de la afiliación, y como consecuencia de ello se condene a COLPENSIONES recibir el traslado de los aportes y activar en el régimen de prima media. Teniendo en cuenta que para el caso en particular la afiliación del régimen de ahorro individual se recalca se realizó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia suscribió los formularios de afiliación y su voluntad se vio ratificada por los más de 10 años que realizó cotizaciones al RAIS.

Así mismo, es preciso señalar el artículo 2 de la ley 797 de 2003 establece la libre escogencia de regímenes pensionales y también la posibilidad de trasladarse una vez cada 5 años a partir de la selección inicial, sin embargo, por razones financieras y estabilidad en el sistema pensional el artículo 1 del decreto 3800 del 2003, limitó este derecho cuando al afiliado le faltare 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión, salvo los afiliados que tuvieran 15 años cotizados a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, esto es al 1 de abril de 1994, se conserva el derecho de regresar al régimen de prima media en cualquier momento.

Es preciso señalar que una vez se realiza un estudio exhaustivo del expediente administrativo del demandante, no se observó solicitud alguna concerniente del traslado al que hubiere podido solicitar ante COLPENSIONES o alguna posible solicitud de la información sobre la diferencia entre un régimen u otro, con anterioridad al año 2019, atendiendo a lo peticionado que la afiliación fuera nula, situación que permite establecer que para la data que elevó de dicha solicitud, ya estaba dentro de la prohibición de la que habla el artículo 2 de la ley 797 de 2003, pues contaba con más de 60 años y además no contaba con 15 años de cotizaciones al 1 de abril de 1994, de hecho como se evidencia de la historia laboral que se aporta en la contestación de la demanda contaba con 32 años de edad a la entrada de vigencia de la ley 100 de 1993.

Aunado a lo anterior, se debe resaltar que para la fecha de la afiliación del RAIS, esto es, para el año 95, tenía 37 años de edad, es decir, tampoco para dicha calenda contaba con una expectativa legitima que pudiera llegara a declarar la nulidad del traslado. Así mismo, es conveniente por otro lado la conveniencia de permanecer a un régimen u otro, resulta clara para los casos que ha estudiado la Corte Constitucional, cuando una persona ha perdido la transición o para quienes habiendo cumplido unos de los requisitos dispuesto en la ley para alcanzar la pensión en el RPM, o incluso para quienes tenía la expectativa cercana acceder la prestación y en dichas condiciones no se encuentra el demandante, pues para la fecha en que realizó la afiliación al régimen de ahorro individual, esto es el año 97 la AFP COLFONDOS le faltaba más de 34 años para aplicarle la edad establecida al acceso a la pensión en el RPM, lo cual resultaba

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 *(expediente digital, archivo 01CUADERNO PRINCIPAL.PDF, páginas 109 y 110)* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo *(páginas 106 a 109)*, aspirando se declare la nulidad del traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ante la omisión

---

imposible para la AFP conocer o informar sobre una posible conveniencia de permanecer a un régimen u otro.

Así mismo, los requisitos de forma que deben contener el formulario y que se diligencian para adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, y finalmente que establece que cada uno de los afiliados del traslado por primera vez del régimen de prima media al RAIS, con el formulario debe consignarse que la decisión del traslado al régimen seleccionado se ha tomado de una manera libre, voluntaria y sin presiones, además autoriza la norma que el formulario contenga leyenda impresa en ese sentido.

Ahora bien, si la falta de información se hubiese basado en la AFP demandada COLFONDOS S.A no realizara una proyección pensional al actor, al señor HECTOR FERNANDO SANCHEZ CASTILLO al momento de su traslado, es preciso indicar a los honorables magistrados que la proyecciones pensionales no son pruebas útiles para probar un eventual vicio en el consentimiento, al momento que se dio su elección entre las opciones que daba. Sumado a ello, dicha obligación de emitir por parte de la AFP herramientas financieras o protecciones pensionales a los potenciales afiliados, nació con decreto 2071 de 2015, es decir, con posterioridad al traslado del demandante, quiere decir ello que resulta totalmente desproporcional que se exige el cumplimiento de una normativa que para la fecha en que se efectuó el traslado no se encontraba vigente, no estaba regulando la materia. Por el contrario, la demandada COLFONDOS al momento en que realiza el traslado lo hace conforme a las normas que en su oportunidad regulaban la materia.

Conforme lo anterior, se solicita a los honorables magistrados se sirvan revocar la decisión que ha sido tomada en esta instancia y se absuelva a mi representada de todas y cada una de las que han sido incoadas en su contra. Más sin embargo, si considerara en apartarse de las consideraciones que han sido expuestas por esta defensa se solicita que se condene a COLFONDOS que realice la devolución de todos y cada uno de los dineros que han sido obtenidos producto de la afiliación de la demandante a dicho fondo, como los bonos, gastos de administración, frutos y demás que hubiere originado de los aportes realizados por la demandante.

Conforme a lo anterior, doy por sustentado mi recurso de apelación no sin antes solicitar a los honorables magistrados se revoque la decisión que ha sido tomada en esta instancia y se absuelva a mi representada de todas y cada una de las que han sido incoadas en su contra. Gracias su señoría.

de COLFONDOS S.A. del deber de información; se condene a dicha entidad a trasladar a COLPENSIONES todos los valores obtenidos en la cuenta de ahorro individual del demandante como cotizaciones, bonos pensionales con sus rendimientos y cuotas de administración; se condene a COLFONDOS al pago de perjuicios morales, lo ultra y extra petita y las costas del proceso. En subsidio de la declaratoria de nulidad de la afiliación, solicitó que se declare su ineficacia. **obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró ineficaz el traslado del demandante al RAIS, ordenó a COLPENSIONES aceptar el traslado, ordenó a COLFONDOS S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante incluyendo todos los valores que corresponden a cotizaciones con sus rendimientos, frutos e intereses, el bono pensional, los gastos de administración y cualquier otro monto recibido con motivo de la afiliación del actor. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada COLFONDOS S.A. no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con el demandante al momento del traslado. Sin embargo consideró, la parte actora no demostró cuales fueron los perjuicios morales que afirma se le causaron, por lo que no accedió a su reconocimiento.

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 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 su nacimiento el 30 de noviembre de 1962 *(expediente digital, archivo 01 CUADERNO PRINCIPAL.PDF página 5);* por lo que a 1° de abril de 1994 contaba con 31 años y los 62 años de edad los cumplirá el mismo día y mes del año 2024, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante COLFONDOS y ante COLPENSIONES el 22 de noviembre de 2019 (*fl. 57 y 69 ibídem*) 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 240,44 semanas, que corresponden a 4,6 años *(folio 86 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 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 **20 de diciembre de 1996,** efectivo el **01 de febrero de 1997** *(expediente digital, archivo 01 CUADERNO PRINCIPAL.PDF páginas 194 y 195),* por afiliación que hiciera a COLFONDOS 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[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 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.

---

[3] 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** del actor 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[4], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en

---

[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 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

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***

---

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.

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 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 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 el demandante[5], no acreditan de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar, que cuando estaba trabajando en el CITIBANK, unos asesores de COLFONDOS llegaron a

[5] Audiencia del 10 de mayo de 2022, récord 21:21

su oficina, hicieron una reunión grupal donde les mostraron los beneficios del nuevo régimen; les dijeron que el ISS desaparecería y por ello estaban en riesgo sus ahorros; explicó, además la entidad bancaria era el propietario de COLFONDOS y su estrategia consistía en que sus empleados se afiliaran a esa administradora, pero no tuvo ilustración respecto a las consecuencias del cambio de régimen.

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 COLFONDOS S.A., *(expediente digital, archivo 01 CUADERNO PRINCIPAL.PDF página 194),* éste 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 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.

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 –COLFONDOS S.A.- no logró demostrar, como era su deber, que suministró al 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 1996, 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 S.A. omitió en el momento del traslado de régimen **(20 de diciembre de 1996,** efectivo el **1° de febrero de 1997)** 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.

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 y gastos de administración, como también la activación de su afiliación por parte de COLPENSIONES en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Debe precisarse en este punto, ante un nuevo estudio del tema y atendiendo la recomposición de ésta Sala de Decisión se adicionará el numeral segundo del fallo de primer grado, en cuanto a que además de lo anterior, COLFONDOS también debe devolver a COLPENSIONES los gastos de administración y deberá retornar las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia[6], los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades[7], por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a cada uno de 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:

"(...)

[6] Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.
[7] Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

> *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."***

Igualmente se dispondrá que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

También 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, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, y su imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

Así lo adoctrinó recientemente la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL359 de 2021, reiterada en la SL859 de 2021. En la primera providencia anotada, el órgano de cierre de esta jurisdicción consideró:

> *"****Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.***

> *En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibídem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del*

> *pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.*
>
> *Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real."* (Negrillas de la Sala).

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)

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 de la demandante.

En relación 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 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 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 *(expediente digital, archivo 01 CUADERNO PRINCIPAL.PDF página 147),* 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

[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 de 11 de febrero de 2022 (archivo 06 auto fija fecha aud conciliación.pdf).

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 por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se adicionará la sentencia en los puntos anteriormente expuestos y 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: ADICIONAR el ordinal **TERCERO** del fallo de primer grado, para ordenar a COLFONDOS S.A. devolver a COLPENSIONES los gastos de administración y además las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente **indexados** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora, conforme lo considerado.

SEGUNDO: DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

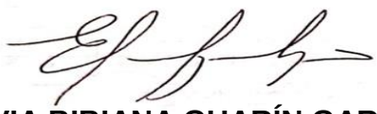
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia proferida por el Juzgado 1° Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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 AMALIA FIGUEREDO MANRIQUE CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y PORVENIR S.A (RAD. 01 2020 00015 01)

Bogotá D.C. treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos por la demandante, Porvenir y Colpensiones, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 13 numeral primero de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, 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 Primero (1°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el 10 de mayo 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 1:16:40, archivo 08, carpeta C01Principal, expediente digital),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado de Régimen Pensional de la demandante señora AMALIA FIGUEROA MANRIQUE, identificada con la C.C. N. º 24.079.566, a través del fondo demandado PORVENIR S.A, conforme lo expuesto en precedencia.*
>
> ***SEGUNDO, ORDENAR** a COLPENSIONES autorizar el traslado de la demandante señora AMALIA FIGUEROA MANRIQUE del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido trasladada al RAIS; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.*
>
> ***TERCERO, ORDENAR** a PORVENIR S.A trasladar con destino a COLPENSIONES los aportes efectuados por la demandante señora AMALIA*

FIGUEROA MANRIQUE, identificado con la C.C. N.º 24.079.566 en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, además de cualquier monto recibido con motivo de la afiliación de la convocante, sin que le sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por la accionante; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

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

***QUINTO, ABSOLVER** a la demandada COLPENSIONES y PORVENIR de lo que tiene que ver con el reconocimiento de la pensión teniendo en cuenta lo indicado en la parte motiva de la presente decisión, toda vez que la aquí demandante se encuentra activa y vinculada laboralmente conforme se indicó también en forma que antecede.*

***SEXTO, DECLARAR** no probadas las excepciones formuladas por las demandadas, conforme también la decisión tomada el día de hoy.*

***SEPTIMO**, Sin lugar a condena en costas en la presente instancia, también conforme a lo indicado".*

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

En primer lugar, PORVENIR S.A. señaló, el formulario de afiliación es un requisito para la existencia y validez del contrato de afiliación y es un documento que se presume auténtico, con el cual se acredita el cumplimiento del deber de información, único requisito que se exigía para la época. Añadió, en el presente caso no se acreditó la concurrencia de situaciones dolosas respecto a la afiliación de la demandante, que ameritaran la declaratoria de ineficacia del acto de traslado.

Solicitó que en caso de confirmarse la declaratoria de ineficacia, se absuelva a su representada de la devolución de gastos de administración y comisiones, que son descuentos autorizados por la ley, además la demandante vio materializados los rendimientos en su cuenta como consecuencia de su buena administración por parte de Porvenir S.A. Estimó, ordenar el traslado de dichos gastos a COLPENSIONES configuraría un enriquecimiento sin causa a favor de esa entidad y recordó que en caso que la demandante hubiera permanecido en el RPM también se le hubieran efectuado descuentos por gastos de administración, que no hacen parte de la pensión de vejez y por tanto están sujetos a la

prescripción.[1] (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:18:50, archivo 08, carpeta C01Principal, expediente digital).*

---

[1] *"**APODERADO PORVENIR* SA (1:18:50):** *Muchas gracias su señoría, me permito formular recurso de apelación en contra de la sentencia que acaba de ser proferida con base de los siguientes argumentos: honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá que comparte mi representada la decisión que acaba ser proferida por el a quo, declarar la ineficacia del traslado y ni se comparten los efectos jurídicos que en primer lugar, puesto que se vulnera el artículo 11 del decreto 692 de 1994 el formulario de afiliación es un requisito para la existencia y validez para el contrato de afiliación puesto que se establece que la suscripción no fue dada a entender la aceptación de todas las comisiones del régimen pensional al cual se pertenece, en ese sentido al ser un documento que se presume ser autentico, los términos del artículo 243 del Código General del Proceso se acredita el cumplimiento de todas las alegaciones a cargo de PORVENIR, como lo es el deber de información.*

Es pertinente resaltar que para el momento de la afiliación mi representada PORVENIR solo tenía la obligación de conservar este documento y no prueba diferente de la información que se le brindó de la afiliación. En ese mismo sentido, el artículo 271 de la ley 100 de 1993 señala que la afiliación queda sin efectos cuando medida actos atentatorios contra el sistema de seguridad social o que impidan el ejerció de dicho derecho, es decir, se refiere a la ineficacia a situaciones dolosas, las cuales no lograron acreditarse en el curso del presente proceso respecto de la afiliación de la parte demandante,, por el contrario se encuentra probado que mi representada cumplió con el deber de información conforme la normatividad vigente al momento de la afiliación de la demandante. No obstante, en caso que el Honorable Tribunal considere que se debe confirmar lo teniente a la declaratoria, solicito que de forma subsidiaria se absuelva a mi representada de devolver lo descontado por conceptos de gastos, por concepto de comisiones y gastos de administración, puesto que estos constituyen conceptos autorizados para descontar las AFP como consecuencia de la buena administración que se ejerció sobre el capital de la cuenta de ahorro individual de la parte actora y que se vio materializada en incrementar el saldo de la cuenta de ahorro individual generando rendimientos financieros, inclusive por encima de lo establecido por la Supe financiera.

Por otro lado, ordenar el traslado de estos gastos a COLPENSIONES configuraría un enriquecimiento sin causa a favor de esta demandada, en la medida que no existe norma que orden tal devolución, todo esto se encuentra establecido en el artículo 13 literal b, de la ley 100 de 1993 cuales son los dineros que efectivamente se trasladan cuando existe un traslado de régimen, y esto es el saldo contenido la cuenta de ahorro individual de la parte actora, incluidos los rendimientos que se llegaren a generar, lo cual evidencia que no están destinados a financiar la prestación del afiliado, por ende, no pertenecen a ella sino al fondo privado como contraprestación de la gestión que se adelantó para incrementar el capital existente en la cuenta de ahorro individual. Adicionalmente, se desconoció lo dispuesto en el inciso segundo, del artículo 20 de la ley 100 de 1993, puesto que en caso que la demandante hubiera permaneció afiliada al RPM administrado hoy por COLPENSIONES, estos igualmente hubieran generado estos descuentos de la cotización para financiar gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivencia, por lo que claramente dichos gastos de administración no forman parte de la pensión de la vejez, y por ello están sujetos al fenómeno prescriptivo.

En esos términos dejo sustentado mi recurso de apelación, no sin antes solicitarle al Honorable Tribunal Superior de Bogotá revoque la sentencia que acaba de ser proferida por el a quo y en su lugar absolver de todas y cada una de las pretensiones. Muchísimas gracias su señoría".

A su turno, la apoderada de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación señalando, el traslado de la demandante al RAIS fue por su voluntad y por tanto no es procedente la declaratoria de nulidad de la afiliación; la intención de su permanencia en el RAIS se vio ratificada con los más de 26 años que ha aportado al RAIS. Recordó que no es posible trasladarse de régimen cuando al afiliado le faltan menos de diez años para alcanzar la edad de pensión a menos que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contara con 15 años de servicios, que no es el caso de la demandante.

Agregó, solo hasta el año 2019 la actora solicitó el retorno al RPM y para la data del traslado al RAIS el único requisito era la suscripción del formulario de afiliación; solo con la ley 1328 de 2009, el deber de información se convirtió en deber de asesoría y buen consejo, por lo que exigir a las administradoras soportes de asesoría quebranta el principio de confianza legítima. Estimó, al momento de su traslado, la actora no tenía un derecho adquirido, pues le faltaban mas de 23 años para consolidar su derecho pensional.

Afirmó, no se pueden desconocer las obligaciones contractuales que recaen sobre el afiliado como consumidor financiero, pues la selección de uno u otro régimen pensional genera obligaciones recíprocas, es decir, la demandante también debió adquirir información de manera autónoma acerca de las condiciones, características y modalidades de los regímenes pensionales, que le permitieran tomar una decisión. Pidió que en caso de mantenerse la decisión de declaratoria de ineficacia, se garantice el traslado de todos los aportes de la demandante con sus rendimientos financieros, bonos pensionales, gastos de administración[2] (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S.,*

[2] *"**APODERADA COLPENSIONES (1:22:16):** Gracias su señoría, siendo la oportunidad procedo a interponer recurso de apelación contra decisión que ha sido tomada en esta primera instancia rogando a los honorables magistrados decidan revocar la decisión tomada en atención que el traslado de los aporte que realizo la hoy demandante fueron con plena voluntad y en consecuencia en lo procedente declarar la nulidad de la afiliación realizada por la accionante al régimen de ahorro individual con solidaridad y condenar a mi representada a recibir los aportes para activar la filiación al RPM, teniendo en cuenta para el caso en particular que la afiliación al régimen de ahorro individual se realizó con plena voluntad de la cotizante quien por decisión propia lo solicito suscribiendo los formularios para efectuarlo voluntad que se vio rectificada con los más de 26 años que ha realizado cotizaciones al RAIS, así mismo dicha voluntad se vio ratificada al no observarse conducta por parte de la actora para buscar asesoría por parte del Fondo Privado COLPENSIONES con relación al traslado que efectuó, así mismo es preciso señalar que el artículo 2 de la ley 797 de 2003, establece la libre escogencia de régimen pensional y también de la posibilidad de trasladarse 1 vez cada 5 años contados a partir de la selección*

inicial. Sin embargo por razones financieras e inestabilidad en el sistema pensional el artículo 1 del decreto 3800 de 2003, limita este derecho cuando al afiliado le faltasen 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión, salvo los afiliados tuvieran 15 años de servicio entrada en vigencia el sistema general de pensiones, esto es el 1 de abril de 1994, para quienes se conservó el derecho de régimen de prima media, de regresar al régimen de prima media en cualquier momento.

Así mismo, es preciso señalar lo establecido en sentencia C1024 de 2004, cuyo contenido reprodujo lo pertinente de la sentencia C062 de 2010, en dicho fallo manifestó: "el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización el fondo común del Régimen Solidario de Prima Media que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando estuvieren próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho desde esta perspectiva, dice la Corte Constitucional.

Así mismo, una vez se revise el expediente administrativo de la demandante no se observa solicitud alguna concerniente al traslado que hubiere podido solicitar ante COLPENSIONES, una posible solicitud de la información sobre las diferencias de un régimen u otro con anterioridad al año 2019, ateniendo a que el peticionado a que la afiliación fuera nula, situación que permitió establecer que para la data que elevo dicha solicitud ya estaba en la prohibición establecida en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, para dicha data contaba solo con 32 años de edad, y no contaba con 15 años de cotizaciones o servicio, acredita un total 162 semanas cotizadas; menos aún para la fecha del traslado de régimen pensional para el año 94 octubre la demandante contaba con 33 años de edad, además le hacían falta más de 23 años para acreditar los requisitos de edad para acceder a la pensión de vejez.

Así mismo, como se recalca es improcedente (inaudible), se requiere el cumplimiento de una norma inexistente al momento de un traslado de régimen pensional realizado por la parte actora, respecto del deber de información que recae en cabeza de las administradoras de pensiones, es preciso recordar que las demandadas no desconocen su existencia desde el año 93 con la expedición de la ley 100 del 93, y el decreto 663 del 93. Sin embargo, es de resaltar que dicho deber se intensifica con la expedición de la ley 1328 de 2009, donde el deber de la información se convierte en un deber de asesoría y buen consejo, por lo que no es dable requerir las mismo formalidades en la asesoría para previa del traslado, dese el momento mismo de la creación del régimen de ahorro individual con solidaridad y darle el mismo alcance que el legislador y la jurisprudencia le han dado con el transcurso del tiempo, no es razonable ni jurídicamente valido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previsto en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, esa exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que le principio de legalidad y del debido proceso no consisten solamente en la posibilidad de la defensa o la oportunidad para interponer recursos, sino que exige además como lo expresa el artículo 21 de la Carta, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga, el juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas inexistentes no tiene justificación jurídica alguna y viola gravemente al debido proceso de COLPENSIONES, quien si haber participado en el trámite del traslado es quien debe afrontar la carga de la prestación.

Así mismo, en lo que refiere los derechos adquiridos y las expectativas legítimas, al caso que nos ocupa deben indicarse que en la sentencia C596 del 97: "cuando en vigencia de la ley que señale tales requisitos estos llegan a cumplirse, se habla de derecho adquirido en materia de seguridad social. Cuando, por el contrario, durante el término de vigencia de la ley que prescribe tales condiciones, la persona que aspira a la titularidad de ellos está en vía de cumplirlas, se habla de expectativa en el derecho." Es claro que este asunto no estamos frente a derechos adquiridos por lo que debe recordarse que las figuras señaladas tienen consecuencia distintas, los derechos

realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:22:16, archivo 08, carpeta C01Principal, expediente digital).

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

---

adquiridos al tenor del artículo 58 de la Carta Política no pueden ser desconocidos por leyes posteriores; no así la simple expectativa de derecho, por cuanto para el 1° de abril del 94, para dicha data contaba con tal solo 32 años de edad, y no contaba con 15 años de cotizaciones o servicios, pues acredita un total de 162 semanas cotizadas, menos aún para la fecha del traslado de régimen pensional, pues para el año 94 octubre la demandante contaba con 33 año, además a la demandante le hacía falta más de 23 años para acreditar el requisito de edad para acceder la pensión de vejez.

Así mismo, no se podemos desconocer las obligaciones contractuales que también recaen en cabeza del afiliado como consumidor financiero, no debe desconocerse que el vínculo contractual generado a partir de la selección y elección a uno u otro régimen pensional, genera obligaciones reciprocas, tal y como establece el artículo 1495 del Código Civil en los siguientes términos: "Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas.", de esta manera no se puede desconocer que el afiliado también tiene obligaciones para con la administradora de pensiones que elige, tal y como lo determina el decreto 2241 de 2010, en su artículo 4, enuncia obligaciones para los consumidores financieros del sistema general de pensiones, dentro de los cuales se establece:

Informarse adecuadamente de las condiciones del Sistema General de Pensiones, del nuevo Sistema de Administración de Multifondos y de las diferentes modalidades de pensión, aprovechar los mecanismos de divulgación de información y de capacitación para conocer el funcionamiento del Sistema General de Pensiones y los derechos y obligaciones que les corresponden, emplear la adecuada atención y cuidado al momento de tomar decisiones, como son entre otras, la afiliación, el traslado de administradora o de régimen, la selección de modalidad de pensión y de entidad aseguradora que le otorgue la renta vitalicia o la elección de tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos", según sea el caso."

Conforme a lo anterior, es evidente que el deber de información se integra por una parte con la obligación de asesoría y buen consejo que deben suministrar las administradoras de pensiones a los posibles afiliados, pero también con la información que debe adquirir de manera autónoma, situación que no se vio dentro del proceso los consumidores financieros, acerca de las condiciones, modalidades, y sistemas que integran los regímenes pensionales, que permitan tomar decisiones con el debido cuidado y atención que merece la decisión de por ejemplo afiliarse, trasladarse o escoger una modalidad particular acorde con las expectativas pensionales de cada afiliado.

Por lo anterior, solicito humildemente a los honorables magistrados revocar la decisión que ha sido tomada en instancia, más sin embargo si considera en apartarse de las razones que aquí fueron expuestas, ruego se garantice a COLPENSIONES que le sean trasladados todos y cada uno de los aportes realizados al fondo privado por parte de la demandante, con los rendimientos financieros, bonos pensionales, gastos de administración, y demás que se hubieren obtenido producto de los aportes realizados por la demandante. Conforme lo anterior dejo sustentado mi recurso de apelación recalcando a los honorables magistrados se revoque la decisión tomada. Gracias su señoría".

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de subsanación *(páginas 54 a 56, archivo "01 CUADERNO PRINCIPAL.pdf", expediente digital)* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo *(páginas 56 a 58, ibídem)*, aspirando se declare la ineficacia del traslado realizado por la demandante a PORVENIR S.A. por la omisión del deber de información; se ordene a dicha entidad a trasladar las cotizaciones de la demandante a COLPENSIONES; se ordene a COLPENSIONES a recibir dichos aportes e incorporarlos en la historia laboral de la demandante y se condene a reconocer y pagar a su favor la pensión de vejez a partir del momento en que cumpla los requisitos de ley; se condene a las demandadas en las costas procesales y lo utra y extra petita. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró ineficaz el traslado de la demandante al RAIS, ordenó a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES los aportes efectuados por la demandante al RAIS, junto con los rendimientos financieros, frutos e intereses, bonos pensionales, gastos de administración y cualquier otro monto recibido con motivo de la afiliación de la demandante; sin embargo absolvió a COLPENSIONES de la pretensión relativa al reconocimiento pensional. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR S.A. no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado, pero en todo caso la actora aún se encuentra activa en el sistema de pensiones, lo que impide el reconocimiento de la prestación.

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 1° de junio de 1964 *(página 4, archivo "01 CUADERNO PRINCIPAL.pdf", expediente digital)* por lo que a 1° de abril de 1994 contaba con 30 años y los 57 años de edad los cumplió el mismo día y mes del año 2021, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante COLPENSIONES el 5 de agosto de 2019 y ante PORVENIR S.A. el 15 de agosto de 2019(*Páginas 5 y 13 ibídem)* esto es, cuando le faltaban menos de diez años para adquirir el derecho pensional -tenía 55 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 247,85 semanas, que corresponden a 4,7 años *(página 125, archivo "01 CUADERNO PRINCIPAL.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 **7 de septiembre de 1999,** efectivo el **01 de noviembre de 1999** (*Páginas 241 y 243 archivo "01 CUADERNO PRINCIPAL.pdf", expediente digital),* por afiliación que hiciera a 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.

---

[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".*

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

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

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

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*

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.

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[6], no acreditan de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar, que su hermano tuvo una novia que era asesora de Porvenir, quien le insistió mucho que se afiliara a esa entidad; relató que finalmente se afilió sin recibir ninguna información relativa a las implicaciones del traslado; únicamente diligenciaron el formulario de afiliación.

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 243, archivo "01 CUADERNO PRINCIPAL.pdf", expediente digital)***,** 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 244 a 246 ibídem)* es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de

[6] Audiencia del 10 de mayo de 2022, récord 0:15:27

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 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 1999, 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 **(7 de septiembre de 1999,** efectivo el **01 de noviembre 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.

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 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 por parte de COLPENSIONES en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Debe precisarse en este punto, ante un nuevo estudio del tema y atendiendo la recomposición de ésta Sala de Decisión se adicionará el numeral segundo del fallo de primer grado, en cuanto a que además de lo anterior, PORVENIR deberá retornar las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia[7], los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades[8], por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora, 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."***

Igualmente se dispondrá que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

---

[7] Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.
[8] Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

También 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, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, y su imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

Así lo adoctrinó recientemente la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL359 de 2021, reiterada en la SL859 de 2021. En la primera providencia anotada, el órgano de cierre de esta jurisdicción consideró:

> *"**Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.***
>
> *En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibídem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.*
>
> *Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real."* (Negrillas de la Sala).

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)

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.

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 interpuesta por COLPENSIONES[9], a favor de quien se surte la consulta *(página 119, archivo "01 CUADERNO PRINCIPAL.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 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

[9] 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 de 4 de febrero de 2022 (Carpeta C01archivo 04ESTADO 11 AUTO DEL 7 DE FEBRERO 2020-00015.PDF, expediente digital).

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 por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se adicionará la sentencia en los puntos anteriormente expuestos y 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: ADICIONAR el ordinal al **TERCERO** del fallo de primer grado, para ordenar a PORVENIR S.A devolver a COLPENSIONES los gastos de administración y además las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente **indexados** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en

que la demandante estuvo afiliada a cada una de esas administradoras, conforme lo considerado.

SEGUNDO: DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia proferida por el Juzgado 1° 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

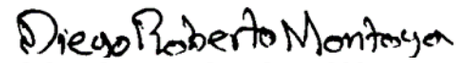
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ALFREDO LEAL FLOREZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y PORVENIR S.A. (RAD. 02 2020 00303 01)

Bogotá D.C. treinta (30) de junio 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. 15).



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por Porvenir, Colpensiones y el demandante, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 13 numeral primero de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, 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 28 de abril del 2022 *(Audiencia virtual, archivo 15 expediente digital),* en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado realizado por el señor ALFREDO LEAL FLOREZ identificado con cédula de ciudadanía No. 7.213.519, a la AFP HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A hoy la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, el día 31 de marzo de 2000, 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 CESANTÍAS 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 del demandante ALFREDO LEAL FLOREZ tales como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses esto es, con los rendimientos financieros causados, los gastos de administración y las sumas adicionales de la aseguradora, sin lugar a descuento alguno o deterioros sufridos por el bien administrado.*
>
> ***TERCERO: SE ORDENARÁ** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación efectuada por el demandante de fecha 1 de febrero de 1980, situación que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información la historia laboral.*
>
> ***CUARTO: SE DECLARARÁ NO PROBADAS** los medios exceptivos propuestos por las demandadas.*
>
> ***QUINTO: 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 un (1) SMLMV.*
>
> ***SEXTO:** Si no fuere apelado el presente fallo**, CONSÚLTESE** con el Superior."*

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

Así, en primer lugar, PORVENIR, indica que cumplió con el deber de información establecido para la época en el artículo 97 del decreto 663 de 1993, ya que los requisitos de información que aduce el despacho debían darse en el momento de la afiliación del demandante, corresponden a disposiciones del decreto 2241 del 2010 que para el momento en que el afiliado realizó el traslado no se encontraban vigentes. Manifiesta el actor sí recibió asesoría por parte de PORVENIR y en razón de tal asesoría decidió trasladarse de régimen pensional, considerando las características propias de la AFP.

Expresa el demandante confesó que es en razón de la diferencia de la expectativa económica, que realmente pretende este proceso, lo que no guarda congruencia con las afirmaciones del engaño, teniendo en cuenta que el no cumplimiento de las expectativas pensionales por sí mismo no es óbice para que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional, máxime cuando la motivación de la

sentencia es la aplicación de un deber der información que para le época a la que el demandante realizó el traslado de régimen pensional no se encontraba vigente, por tanto, considera PORVENIR en el cumplimiento de lo establecido en la normatividad vigente entrego la documental que podía aportar, esto es, el formulario de afiliación que cumplía con todos los requisitos de ley y que fue aprobado por la superintendencia bancaria.

Solicita en caso de confirmarse la sentencia se revoque lo concerniente a la devolución los gastos de administración, seguros previsionales, y demás, considerando el hecho que ordenar a PORVENIR a devolver de su propio patrimonio estos conceptos generaría un perjuicio irremediable para esta AFP, ya que estos descuentos fueron hechos en cumplimiento de lo estipulado por la ley 100 de 1993. *(Audio archivo 15 expediente digital, record: 1:19:13)*[1]

---

[1] Apoderada PORVENIR: Gracias señora juez vamos a proponer recurso de apelación total contra la sentencia. Gracias señora juez, siendo esta la oportunidad procesal presentamos recurso de apelación de manera total contra la sentencia proferida por el despacho, apartándose respetuosamente de lo decidió en primera instancia, es claro señores magistrados que al momento de realizar el traslado de la parte accionada mi representada cumplió con el deber de información establecido para la época en el artículo 97 del decreto 663 de 1993, ya que los requisitos de información que aduce el despacho, deberían darse en el momento de la afiliación del demandante, corresponden a disposiciones del decreto 2241 del 2010 que para el momento en que el afiliado realizó el traslado no se encontraban vigentes.

Téngase en cuenta señores magistrados del interrogatorio de parte, brindado por el demandante, la prueba decretada en audiencia se pudo colegir que el demandante recibió asesoría por parte de PORVENIR, en razón de la asesoría que recibió que decide trasladarse de régimen pensional, considerando las características propias de la AFP, que le podría ofrecer la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR. Esa circunstancia es llamativa, teniendo en cuenta que no hay una congruencia entre lo manifestado en el mismo interrogatorio, las pretensiones de la demanda e incluso la narración de los hechos, teniendo en cuenta que se afirma en varias oportunidades que la AFP PORVENIR engaño al demandante por no haberle prestado toda la información que se requería para el momento. No obstante, el demandante también en el interrogatorio de parte deja claro que fue en razón de esta asesoría que se trasladó, por lo tanto, no se puede colegir si efectivamente el demandante, perdón, se puede colegir que la AFP entregó toda la información y que fue en razón de esa información que el demandante se trasladó.

Cabe también resaltar señores magistrados que el demandante confesará que es en razón de la diferencia de la expectativa económica, que realmente pretende este proceso, lo que entonces tampoco guarda congruencia con las afirmaciones del engaño, esto teniendo en cuenta que el no cumplimiento de las expectativas pensionales por sí mismo no es óbice para que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional, máxime teniendo en cuenta que por parte del despacho la motivación de la sentencia se pretende la aplicación de un deber der información que para le época a la que el demandante realizó el traslado de régimen pensional no se encontraba vigente como es ahora, por tanto, considerando que PORVENIR en el cumplimiento de lo establecido en la normatividad vigente entrego la documental que podía aportar, que efectivamente el demandante se había trasladado de régimen pensional de manera libre y voluntaria, esto es, el formulario de afiliación que cumplía con todos los requisitos de ley y que fue aprobado por la superintendencia bancaria.

Teniendo en cuenta esas circunstancias entonces, señores magistrados, es claro que el acto del traslado de régimen es completamente válido pues cumplió con todos los requisitos expuestos en la normatividad vigente y no pesa sobre el ningún vicio que lo invalide.

No obstante, señores magistrados teniendo en cuenta, que se entiende la línea jurisprudencial aplicada por el Tribunal se le solicita en caso de considerar la confirmación de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional por parte de la juez de instancia, se revoque lo concerniente a la devolución de todos los emolumentos que realmente no constituyen la cuenta de ahorro del demandante, esto es gastos de administración, seguros previsionales, y demás, considerando el hecho que ordenar a PORVENIR a devolver

A su turno, COLPENSIONES expresa que sí existió una asesoría precontractual donde de igual forma existió un asesor a la hora de protocolizar dicho acto, precisando no es solamente el formulario de afiliación sino también el dicho del demandante que se constituye una confesión pues manifestó que se le brindó una información y esta debe tenerse en cuenta, aunado a que el actor no es beneficiario del régimen de transición, por lo tanto, se encuentra inmerso en una prohibición legal descrita en el artículo 2 de la ley 797 del 2003, la cual modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993.

Señala que, si existió algún tipo de vicio en el consentimiento error, fuerza, dolo, lo cierto es que se ve saneado, pues el demandante siempre tenía esa convicción de estar afiliado en el fondo, manifestando haber realizado solicitud de reconocimiento pensional y es donde se da cuenta que la mesada pensional no era lo que consideraba, solicitando el retorno al régimen de prima media, ya constituido en una prohibición legal, por lo tanto solicita se revoque la sentencia de primera instancia y no sea condenada COLPENSIONES en costas, toda vez que ha actuado de buena fe en el presente proceso, es una invitada por decirlo de alguna forma dentro de este proceso, teniendo en cuenta que no hizo parte en esa relación contractual y simplemente vela por el interés general sobre el particular. *(Audio archivo 15 expediente digital, record: 1:23:14)*[2]

---

de su propio patrimonio estos conceptos generaría un perjuicio irremediable para esta AFP, estos descuentos fueron hecho en el cumplimiento de lo estipulado por la ley 100 de 1993.

Por lo tanto, solicito señores magistrados se revoque sea revocada la sentencia de primera instancia y en su lugar no salgan abantes las pretensiones de la demanda. Muchas gracias."

[2] Apoderada COLPENSIONES: Gracias su señoría, siendo esta la oportunidad me permito interponer recurso de apelación frente la sentencia proferida en instancia, solicitando de manera respetuosa a los magistrados del Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral se revoque la misma, teniendo en cuenta los siguientes reproches.

Primero que todo se tiene conocimiento de cuál es la línea jurisprudencial de la cual se está adoptando para el tema de la ineficacia del traslado, sin embargo, se debe estudiar el caso en concreto, existiendo que las pruebas allegadas al plenario fueron suficientes para poder llegar a un conocimiento pleno que si existió una asesoría precontractual donde de igual forma existió un asesor a la hora de protocolizar dicho acto, que es el traslado de régimen pensional.

Teniendo en cuenta, los anteriores argumentos se puede probar, se probó dentro del proceso, que no es solamente el formulario de afiliación sino también el dicho del demandante que se constituye una confesión, y a pesar que la señora juez en su parte motivacional, en la parte motiva de la sentencia, manifiesta que esa confesión que efectivamente no puede ser indivisible y esto lo que sustenta el demandante a la hora de confrontar su respuesta, lo cierto es que debe hacerse pregunta por pregunta y sobre el tema que, sobre cada uno de los temas que se exponen a lo largo de su interrogatorio, para ello cuando manifestó que existió una asesoría precontractual donde se le brindó una información, y que esa información no manifestó, si manifestó que se le brindó una información, esta debe tenerse en cuenta. Ahora respecto a las otras respuestas dadas que la información fue insuficiente, que la información falsa, porque así lo dijo, en alguna de las respuestas dadas en el interrogatorio de parte por la AFP, lo cierto es que esas aseveraciones ni siquiera se puede catalogar para tomarse como indicio o prueba, ya que simplemente no se constituye confesión, lo único que se puede tomar como confesión es aquello que sea contradictorio a la parte, en ese sentido es que si existe una asesoría precontractual, que su traslado fue libre y voluntario, que firmó ese formulario de afiliación y que esa asesoría fue para la fecha que realizó su traslado al RAIS.

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 (*Páginas 3 y 4, archivo 1 Expediente Digitalizado),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 40 a 43 ibídem),* aspirando de manera principal se declare la ineficacia de traslado efectuada del RPM al RAIS en marzo del 2000 ante la AFP HORIZONTE en adelante AFP PORVENIR, en consecuencia se ordene a ésta AFP retornar todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, rendimientos que se hubieren causado y los gastos de administración a COLPENSIONES, así mismo, se ordene a COLPENSIONES recibirlo y mantenerlo como afiliado sin solución de continuidad, costas y agencias en derecho, como las condenas *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 a HORIZONTE hoy PORVENIR el 31 de marzo del 2000, 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 del 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

---

Teniendo en cuenta los anteriores argumentos, la prueba no fue valorada en conjunto, esto es el dicho, la confesión, conforme a lo que se presentó ene l artículo 151 y las pruebas documentales allegadas al plenario.
De igual manera, el demandante no se encontraba, no es beneficiario del régimen de transición, así también se ha manifestado en la contestación de la demanda, en los alegatos, y ahorita en el presente recurso, por lo tanto, se encuentra inmerso en una prohibición legal descrita en el artículo 2 de la ley 797 del 2003, la cual modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993, que se hizo mención en los alegatos de conclusión, esto es, que no se puede trasladar cuando le faltaré menos de 10 años.

De igual forma, si existió algún tipo de vicio en el consentimiento, lo cual tampoco se dio probado en la presente Litis, que es, error, fuerza, dolo, lo cierto es que se ve saneado, por lo que a la pregunta, que también es un tema de confesión, el demandante siempre tenía esa convicción de estar afiliado en el fondo, esto es que para las preguntas realizadas por parte de COLPENSIONES manifestó haber realizado solicitud de reconocimiento pensional y es donde se da cuenta que la mesada pensional no era lo que consideraba, y solicita el retorno al régimen de prima media, ya constituido en una prohibición legal.
Por todo lo anterior, se solicita se revoque la sentencia de primera instancia y no sea condenada COLPENSIONES en costas, toda vez que ha actuado de buena fe en el presente proceso, es una invitada por decirlo de alguna forma dentro de este proceso, teniendo en cuenta que no hizo parte en esa relación contractual y simplemente vela por los intereses, el interés general sobre el particular y es que no se declare injustificadamente la ineficacia del traslado afectando a sus afiliados como ya se ha mencionado en los alegatos de conclusión. De esta forma dejo sustentado mi recurso de apelación gracias.

tener como válida la afiliación con fecha del 1 de febrero de 1980, 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 al actor sobre los beneficios del RAIS, no le explicó las consecuencias de su traslado, aunado a que el formulario no constituye prueba de la información proporcionada.

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 del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 22 de enero de 1958 *(Página 18, Archivo 1 Expediente Digitalizado),* por lo que la edad de 62 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante las peticiones elevadas ante PORVENIR el 15 de julio del 2020 *(páginas 34 a 39 ibídem)* y ante COLPENSIONES el 14 de julio del 2020 *(Páginas 48 a 51 ibídem)*, 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 219,43 semanas cotizadas al sistema que corresponden a 4 años, 3 meses y 6 días *(Página 81, archivo 5 expediente digital Historia Laboral válida para bono*

[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".*

pensional), 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 lo afirma Colpensiones en su apelación.

No obstante lo anterior, 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 **31 de marzo del 2000** con fecha de efectividad a partir del **1° de mayo del 2000** *(Página 69 y 77, archivo 5 expediente digital)* por afiliación que hiciera a HORIZONTE 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).*
> >
> > *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*

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

> *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 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[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 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

---

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.

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 PORVENIR y 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 a la oficina en la cual trabajaba, llegó el asesor de HORIZONTE hoy PORVENIR, señalando que el ISS se iba acabar y para no perder sus aportes los mejor era trasladarse a ese fondo de pensiones, donde además tendría mejores rendimientos, el actor indica que para ese momento no le explicaron características del régimen, ni tampoco lo que significa un bono pensional, mucho menos los requisitos para pensionarse y que si bien ahora sabe un poco de ello el conocimiento lo obtuvo mucho tiempo después del traslado de régimen.

Nótese, de lo relatado por el 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 HORIZONTE 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 HORIZONTE (*Página 69 Archivo 5 expediente digital),* este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que al accionante se le

[6] Audiencia 28 de abril de 2022, récord 14:25
[7] Audiencia 28 de abril de 2022, récord 36:20

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.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones HORIZONTE hoy PORVENIR 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 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, 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 HORIZONTE hoy PORVENIR 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 HORIZONTE hoy PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen **(31 de marzo del 2000, efectivo el 1 de mayo de ese año),** 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.

Valga aclarar en este punto y para resolver los argumentos de apelación de PORVENIR, 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 a COLPENSIONES, 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.

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 el actor (ver certificación página 30 archivo 5 expediente digital), del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y gastos de administración, como también la activación de su afiliación por parte de COLPENSIONES 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 al demandante como su afiliado.

Debe precisarse en este punto, ante un nuevo estudio del tema y atendiendo la recomposición de ésta Sala de Decisión se adicionará el numeral segundo del fallo de primer grado, en cuanto a que PORVENIR deberá retornar las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia[8], los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades[9], por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora, 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*

[8] Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.
[9] Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

> *del Código Civil.* ***<u>En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.”</u>***

Igualmente se dispondrá que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Con relación a la orden de disponer el pago debidamente indexado, 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, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, y su imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

Así lo adoctrinó recientemente la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL359 de 2021, reiterada en la SL859 de 2021. En la primera providencia anotada, el órgano de cierre de esta jurisdicción consideró:

> *“****<u>Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.</u>***
>
> *En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibídem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.*
>
> *Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la*

> *administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real."* (Negrillas de la Sala).

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 otro lado, conviene precisar, en autos no tiene relevancia la financiación del sistema o que el 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 del demandante.

Advirtiéndose 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 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 COLPENSIONES[10] *(Páginas 30 y 31, archivo 6 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.

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 adicionará en los puntos anteriormente expuestos y 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: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado, para ordenar a PORVENIR S.A., devolver a COLPENSIONES además de los gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente **indexados** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora, conforme lo considerado.

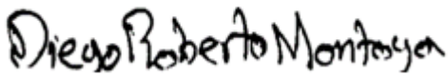
[10] Se tuvo por contestada la demanda en auto del 28 de febrero del 2022, archivo 10 expediente digital.

SEGUNDO: DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 2 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto 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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

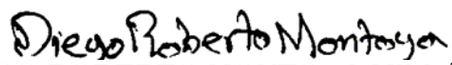
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ANGELA RODRIGUEZ CARDENAS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. (RAD. 13 2019 00488 01)

Bogotá D.C. treinta (30) de junio 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 GARCÍA en su calidad de representante legal de la firma ARANGO GARCÍA ABOGADOS ASOCIADOS (folio 236 vto).



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la demandante y Colpensiones el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, 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 PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de

consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez 13 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 31 de marzo del 2022 *(Cd. fl. 210, audio 3, record: 33:01),* en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado que hiciere la demandante a través de la AFP COLMENA S.A, hoy PROTECCIÓN S.A. el 16 de julio del 99, por las razones antes expuestas.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES, la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, por lo expuesto precedentemente.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** a COLPENSIONES a tener como afiliada a la señora demandante, a recibir los dineros referidos en el numeral anterior y actualizar la Historia Laboral de la demandante, conforme a lo antes visto.*
>
> ***CUARTO: DECLARAR** que la demandante causó la pensión de vejez de que trata el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, el 14 de enero del 2018, por lo antes indicado.*
>
> ***QUINTO: CONDENA** a COLPENSIONES a reconocer a la señora demandante la precitada pensión, teniendo como fecha de disfrute pensional, el primer día del mes siguiente al que se reporte la novedad de retiro, debiendo COLPENSIONES liquidar la mesada pensional conforme lo establece el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, la cual en todo caso no puede ser inferior al SMLMV, debiendo indexar el retroactivo en caso de causarse el mismo, conforme a lo dispuesto en la parte motiva de la providencia.*
>
> ***SEXTO: ABSOLVER** a COLPENSIONES de las demás pretensiones, por lo expuesto en la parte motiva.*
>
> ***SÉPTIMO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas, conforme se indicó en la parte considerativa del fallo.*
>
> ***OCTAVO: CONDENAR** en costas a la demandada PROTECCIÓN S.A en favor de la señora demandante, incluyéndose como agencias en derecho en esta instancia, la suma de $1.000.000.*
>
> ***NOVENO:** Por haber sido condenada COLPENSIONES y fungir la Nación como garante, remítase el proceso a la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta en su favor.*
>
> ***DÉCIMO:** Por secretaría remítase copia de esta sentencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo establece el artículo 48 de la ley 2080 de 2021."*

Inconforme con la decisión los apoderados judiciales de las partes la apelaron.

Así, en primer lugar, la parte demandante aduce no estar de acuerdo con el reconocimiento de la pensión de vejez a partir del día siguiente al que se reporte la novedad de retiro, pues en su sentir el derecho debe ser reconocido a partir del cumplimiento de la edad -14 de enero del 2018- teniendo en cuenta que para

esa fecha la actora ya contaba con 1600 semanas y la edad exigida por la Ley, aunado al hecho de que la última cotización al sistema lo fue para el mes de enero del 2015 por lo que a pesar de no obrar novedad de retiro hay inactividad de aportes desde esa época, por lo que asegura el hecho de que no exista ese reporte no es óbice para negar el derecho pensional.

Frente a los intereses moratorios, alude a su procedencia pues una vez se hizo la solicitud COLPENSIONES tenía 4 meses para cumplir con la obligación del reconocimiento pensional, generándose igualmente los perjuicios reclamados que se generaron frente a la mesada pensional que pudo haber devengado la accionante si oportunamente se hubiera pensionado en el régimen de prima media, solicitando su condena. (*Cd fl. 210, audio 3, record: 35:24*)[1]

[1] Si su señoría, con todo respeto interpongo recurso de apelación contra la decisión que acaba de proferir. Teniendo con base en los siguientes preceptos. Primero se establece que se niega el derecho de la pensión de vejez a partir de la última cotización que realizó la demandante, no. También a los intereses moratorios y a los perjuicios ocasionados por el evento del traslado.
Inicialmente, quiero indicar así como lo indica su señoría con el documento que se tomó como base para determinar la actividad o el concepto de estar activo frente al sistema general de pensiones, esto no es óbice para generar digamos una situación desfavorable para el afiliado si, teniendo en cuenta conforme al análisis que hace su señoría, la señora Ángela además de causar el derecho, ya habría podido disfrutarlo a partir del cumplimiento de su edad, teniendo en cuenta que para esa fecha ya cumplía con más de la densidad de semanas que establece el régimen de prima media con prestación definida, si, esto es, esto es al 14 de febrero, al 14 de enero del 2018, teniendo en cuenta que allí ya tiene aproximadamente más de 1600 semanas, y que en régimen de prima media única y exclusivamente nos piden 1300 semanas. Es por eso que ya se han cumplido con el mínimo de requisitos dentro de la norma, no, las semanas adicionales nos sirven para incrementar un poco más dentro del porcentaje para la tasa de reemplazo de la mesada pensional.

La norma nos indica que se debe tener en cuenta hasta la última cotización de las semanas que se puedan encontrar en su historia laboral, si nosotros nos remitimos a la historia laboral que fue aportada por la parte demandante, nosotros, de la ADMINISTRADORA FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN, podemos vernos claramente que la última semana, permita un segundito que estoy mirando aquí, que se establece a partir de la página 69 a siguientes hasta la página 77 del expediente digital, la última cotización que se hace es en el mes de enero del 2015, si, claramente podemos establecer que hay una inactividad tacita frente al sistema general, aunque digamos que el documento que nos establezca ASOFONDOS nos indica que esta activa, en realidad la persona no se encuentra activa porque de lo contrario más semanas cotizadas actualmente, pero allí claramente en el documento de la historia laboral de PROETCCIÓN se establece que la última cotización se hace en enero de 2015, y esto se hace a través de la SOCIEDAD ANONIMA YUMA CONCESIONARIOS, entonces en dado caso que esta entidad no haya la novedad del retiro al afiliado, esto no es óbice para determinar un perjuicio irremediable para el afiliado, porque de allí se entenderá que además de no tener ninguna, ningún valor del salario, de allí tampoco puede obtener ni siquiera el valor de su pensión, entonces está tomando a futuro que ni siquiera la persona que hasta este momento se encuentra sin dinero alguno, porque no tienen ningún valor para poder proveer de su propia subsistencia por eso con anterioridad se hizo la reclamación ante el fondo de pensiones, esto no es óbice para determinar que no tenga el derecho pensional, porque ha cumplido todos los requisitos que establece el artículo 33 de la ley 100, que modificó el artículo 9 de la ley 797 del 2003.

Ahora, frente a los intereses moratorios, téngase en cuenta que conforme lo indicó su señoría se determina que a través de la ineficacia se puede obtener esa condición de estar sin solución de continuidad, es decir, se mantiene en el tiempo la señora Ángela afiliada al régimen de prima media, obviamente que al momento de obtener su pensión, aquí ocurren dos clases de situaciones, o bien es el retroactivo pensional por parte de COLPENSIONES o bien los perjuicios que causó allí la administradora de fondo de pensiones, que claramente quedaron demostrados a través del dictamen pericial que fue aportado por la parte demandante

COLPENSIONES por su parte apela el fallo expresando la demandante no tiene derecho a que se acoja dentro del sistema de régimen de prima media administrado por ella, toda vez que por decisión propia decide trasladarse en el año 1999 al régimen de ahorro individual de manera libre y voluntaria, sin presiones, y acogiéndose a lo establecido en la ley 100 de 1993 y solo 20 años después, al notar que no se cumplen las expectativas que ella tenía de pensión con el régimen de ahorro individual decide presentar la solicitud para que mi representada nuevamente la acoja, sin tener en cuenta que el término establecido en la ley 797 de 2003 literal en su artículo 2, que en este caso ya finiquito y pues no se hizo uso de esa normativa para hacer el traslado en el tiempo que se necesitaba, expresando se debe tener en cuenta el principio de sostenibilidad financiera el cual representa la garantía del derecho fundamental de la pensión de los colombianos de manera el cual se vería quebrantado máxime cuando se está condenando a reconocer la pensión de la demandante. (*Cd fl. 210, audio 3, record: 42:55*)[2]

---

el cual se corrió traslado a la parte demandada, allí se establece cada uno de los valores que se establecen como perjuicios ocasionado y los únicos perjuicios que podemos encontrar es frente a las mesada pensional que pudo devengar la señora Ángela si hubiera sido oportunamente pensionada en el régimen de prima media, aquí podemos establecer que dentro de los intereses moratorios como lo establece el artículo 141, pues una vez se hace la solicitud de la pensión, la administradora de pensiones tiene 4 meses para cumplir la obligación del reconocimiento del derecho pensional, sin embargo, la incertidumbre que nos genera su derecho pensional, porque aunque este reconocido, todavía se nos indica que hay que hacer una novedad de retiro que obviamente no está en cabeza del afiliado, si necesariamente se realizará una novedad de retiro, tendría que hacerlo en cabeza de la sociedad que la vinculó la última vez. Entonces, por aquí indicarlo establecerle una obligación directamente al afiliado que no la tiene, podríamos estar perjudicando su derecho pensional.

Por eso consideró su señoría que a través de lo que se ha establecido dentro de las normas y obviamente dentro de la sana crítica del de este recurso de apelación, considero que se debe revisar nuevamente en segunda instancia los conceptos del derecho pensional a partir de la última afiliación del sistema pensional por encontrase inactiva tácitamente y obviamente el reconocimiento de los intereses probatorios con sus perjuicios que haya ocasionado la administradora PROTECCIÓN. Dejo así sustentado mi apelación gracias su señoría.

[2] Gracias su señoría, encontrándome dentro de la oportunidad procesal oportuna me permito presentar recurso de apelación frente al fallo proferido en la tarde de hoy para que el mismo se surta ante los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá sala laboral, me permito sustentar el presente recurso de la siguiente manera, no se comparte la decisión proferida por el juez de instancia lo anterior teniendo en cuenta que actualmente la demandante la señora Ángela Rodríguez no le asiste el derecho para que mi representada nuevamente la acoja dentro del sistema de régimen de prima media administrado por ella, toda vez que partamos inicialmente que la demandante por decisión propia decide trasladarse en el año 1999 al régimen de ahorro individual de manera libre y voluntaria, sin presiones, y acogiéndose a lo establecido en la ley 100 de 1993, quien nos manifiesta que como colombianos tenemos el derecho a la libre escogencia, queremos que nos manejen nuestras pensiones y haciendo uso de este derecho pues la demandante decide trasladarse, 20 años después, al notar que no se cumplen las expectativas que ella tenía de pensión con el régimen de ahorro individual decide presentar la solicitud para que mi representada nuevamente la acoja pero el término establecido en la ley 797 de 2003 literal en su artículo 2, literal e, me permito leer:

"Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la

Finalmente, PROTECCIÓN impugna la sentencia de primer grado, únicamente en cuanto a la condena a la devolución de los gastos de administración expresando los mismos tienen fundamento en una disposición legal, válida, exigible, vigente, y no por capricho de mi representada, pues se tratan de comisiones ya pagadas y causadas dentro de la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, por lo que en su sentir solo habría lugar a que se trasladaran los aportes pero sin los rendimientos generados.

En cuanto a la prima de seguros previsionales se manifiesta la misma ya fue girada a una aseguradora para que en caso de existir un siniestro de sobrevivencia o invalidez, dicha compañía pagara una suma adicional con el fin de financiar las pensiones por dichos conceptos, inclusive la mencionada prima ya fue pagada mes a mes a una aseguradora durante el tiempo de afiliación de la parte demandante y su representada está imposibilitada para solicitar una devolución y trasladársela a COLPENSIONES. (*Cd fl. 210, audio 3, record: 57:23*)[3]

---

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"

Este caso, que en este caso este término ya finiquito y pues no se hizo uso de digamos de esta, de esta normativa para hacer el traslado en el tiempo que se necesitaba.

Por otra parte, debemos tener en cuenta el principio de sostenibilidad financiera el cual representa la garantía del derecho fundamental de la pensión de los colombianos de manera sostenida y de manera indefinida, y en este caso pues tenemos que se vería quebrantado este principio de sostenibilidad financiera y máxime teniendo en cuenta que en este fallo se condena a mi representada a reconocer la pensión de la demandante, quien debemos tener en cuenta que pues la demandante en este momento no cumpliría con los requisitos para que mi representada la pensionará, pudimos establecerlo dentro del proceso, porque ella se encuentra se encuentra activa dentro del régimen, dentro del RAIS, entonces pues no podría mi representada entrar a reconocer una pensión de una persona que todavía no tenemos en nuestro sistema, esto afecta notablemente, como lo manifestada anteriormente, el principio de la sostenibilidad financiera y este debe garantizarse en la medida que se mantiene en el tiempo los diferentes contingencias de ahorro para poder precaver digamos una situación futura, en cuenta a las pensiones de los colombianos que se encuentran afiliados al régimen e prima media con prestación definida.

Así las cosas, pues solicito a los honorables magistrados sea revocado el fallo proferido en la tarde de hoy y se absuelva a mi representada de toda condena. Muchas gracias.

[3] Gracias señora juez, siendo la oportunidad procesal pertinente, me permito presentar mi siguiente recurso de apelación en cuanto a la condena a devolución de comisiones de administración a PROTECCIÓN S.A, en el presente proceso y y el cual argumento de la siguiente manera, se debe tener en cuenta que la devolución de dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante se realizó como consecuencia de una disposición legal, válida, exigible, vigente, no por capricho de mi representada y se tratan de comisiones ya pagadas y causadas dentro de la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante.

En el hipotético caso que se asuma que PROTECCIÓN no realizó su gestión de administración y se ordene la devolución de todos estos rendimientos a COLPENSIONES, debe preceder entonces la devolución de todos los rendimientos mientras estuvo afiliada a mi representada, pues estos se generaron de producto de

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 (*fls. 2 y 2 vto),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*fls. 3 y 3 vto),* aspirando de manera principal se declare la nulidad del traslado del RPM al RAIS efectuado el 16 de julio del 2019 a COLMENA hoy PROTECCION o en subsidio se declare su ineficacia en consecuencia se ordene a la AFP a trasladar los dineros que se encuentran depositados en la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos financieros, intereses, gastos de administración, seguro previsional y comisiones con destino a COLPENSIONES, se condene al pago de los daños representados en perjuicios materiales lucro cesante consolidado y lucro cesante futuro, igualmente se ordena a Colpensiones a tenerla como afiliada sin solución de continuidad, a reconocer y pagar la pensión de vejez a partir del 14 de enero del 2018, junto con los incrementos anuales, una mesada adicional, intereses de mora, indexación de las sumas adeudadas de las cuales sea procedente ese ajuste de valor, condenas *ultra y extra petita,* costas, gastos y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a COLMENA hoy PORVENIR el 16 de junio de 1999, en

---

la gestión y buena administración. En este sentido solo habría lugar a que se trasladaran los aportes, pero sin los rendimientos generados.

Además, en caso de declararse la nulidad o ineficacia del traslado la consecuencia jurídica es que las cosas se devuelvan a su estado anterior, por lo que se deberán trasladar solo los aportes que se encuentren acreditados para el momento de dicha declaración, en la cuenta de ahorro individual de la demandante y sin los rendimientos generados, ya que son exclusivamente generados en el régimen de ahorro individual, por mandato legal, de estar todo este tiempo afiliada al régimen de prima media no habría sustentado dichos rendimientos.

Ahora bien, frente a la prima de seguros previsionales se ha manifestar que esta ya fue girada a una aseguradora para que en caso de existir un siniestro de sobrevivencia o invalidez, dicha compañía pagara una suma adicional para el fin de financiera las pensiones por dichos conceptos, inclusive la mencionada prima ya fue pagada mes a mes a una aseguradora durante el tiempo de afiliación de la parte demandante y mi representada está imposibilitada para solicitar una devolución y trasladársela a COLPENSIONES, toda vez que la asegurada es un tercero de buena fe, que nada tuvo que ver en el contrato de la parte demandante y PROTECCIÓN.

En los anteriores términos dejo sustentaron mi recurso de apelación. Muchas gracias señora juez.

consecuencia, condenó a la AFP a a devolver a COLPENSIONES, la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, por lo expuesto precedentemente, así mismo declaró que la demandante causó la pensión de vejez de que trata el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, el 14 de enero del 2018, disponiendo que COLPENSIONES deberá reconocer a la demandante la precitada pensión, teniendo como fecha de disfrute pensional, el primer día del mes siguiente al que se reporte la novedad de retiro, debiendo COLPENSIONES liquidar la mesada pensional conforme lo establece el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, e indexar el retroactivo en caso de causarse el mismo.

Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PROTECCIÓN antes COLMENA no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante, al momento del traslado, precisando existe prueba de que se le hubiera explicado las consecuencias de su traslado. Frente al reconocimiento de la pensión adujo que la actora cuenta con la edad y semanas exigidas por la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003, no obstante, indicó su disfrute solo se puede dar en la data en que se reporte la novedad de retiro, absolviendo de los intereses moratorios al encontrar justificado el actuar de Colpensiones dentro del presente proceso.

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",*

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 14 de enero de 1961 *(fl. 15),* por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante las peticiones elevadas ante PROTECCIÓN el 3 de enero del 2019 *(fls. 16 y 17)* y ante COLPENSIONES el 8 de enero del 2019 *(fls. 18 y 19)*, 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 675,14 semanas cotizadas al sistema que corresponden a 13 años, 1 mes y 6 días *(fl. 140 Historia Laboral válida para bono pensional),* 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 lo afirma Colpensiones en su apelación.

No obstante lo anterior, 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 **16 de julio de 1999** con fecha de efectividad a partir del **1° de marzo del 2000** *(fls. 137 y 138)* por afiliación que hiciera a COLMENA hoy PROTECCIÓN*,* 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

---

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".

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

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

*"**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 PROTECCIÓN antes COLMENA.

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

---

[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.

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:

"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.

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.

> *"(…)* ***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 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 y muchos menos que la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN haya cumplido con su obligación de buen consejo.

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 COLMENA hoy PROTECCIÓN (*fl. 137),* 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.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones COLMENA hoy PROTECCIÓN 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 1999, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN 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 COLMENA hoy PROTECCIÓN, omitió en el momento del traslado de régimen **(16 de julio de 1999 efectivo el 1 de marzo 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 y para resolver los argumentos de apelación de 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 por parte de COLPENSIONES en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Debe precisarse en este punto, ante un nuevo estudio del tema y atendiendo la recomposición de ésta Sala de Decisión se adicionará el numeral segundo del fallo de primer grado, en cuanto a que PROTECCIÓN deberá retornar igualmente las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia[7], los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades[8], por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora, 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."***

Igualmente se dispondrá que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus

[7] Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.
[8] Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

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

Con relación a la orden de disponer el pago debidamente indexado, 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, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, y su imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

Así lo adoctrinó recientemente la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL359 de 2021, reiterada en la SL859 de 2021. En la primera providencia anotada, el órgano de cierre de esta jurisdicción consideró:

> *"**Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.***
>
> *En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibídem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.*
>
> *Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de*

> *castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real."* (Negrillas de la Sala).

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 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 en cuanto al principio de la sostenibilidad financiera apelado por COLPENSIONES, 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 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[9] *(fl. 95),* 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.

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 debe ser estudiada con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993[10], 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

---

[9] Se tuvo por contestada la demanda en auto del 30 de enero del 2020 (fl. 186).

[10] *"**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".

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 se encuentra a folio 15 copia del documento de identidad de la accionante, en el cual se consigna como fecha de nacimiento el 14 de enero de 1951, por lo que acreditó la edad exigida de 57 años, el mismo día y mes del año 2018; ahora bien, conforme consta en la historia laboral aportada por la demandada PROTECCIÓN S.A. (fls. 155 a 163), la última cotización efectuada por la demandante en efecto como lo señala su apoderado en la apelación correspondió al ciclo de **enero de 2015**, por lo que, aunque no obra solicitud de reconocimiento pensional ni novedad de retiro, entiende la Sala que fue la intención de la actora, dejar de cotizar para esa data y en consecuencia, el disfrute de la prestación, contrario a lo afirmado por la Juez de primer grado lo es a partir del cumplimiento de la edad, esto es, **14 de enero del 2018**, pues para esa data tenía 57 años de edad.

En este punto, se advierte, si bien el retiro del sistema es requisito necesario para el disfrute del derecho pensional, ha sido criterio de la Sala, respaldado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia con radicación 35605, que deben examinarse las circunstancias especiales que rodean cada caso con el fin de establecer la fecha de desafiliación o retiro del afiliado. Tal posición fue reiterada en sentencia SL 5603 del 6 de abril de 2016, proferida dentro de la Radicación No.47236[11].

---

[11] *"El problema jurídico que debe dilucidar la Corte se contrae a determinar si la interpretación de lo dispuesto en los arts. 13 y 35 del A. 049/1990, no admite otro entendimiento diferente a que, bajo cualquier circunstancia, el disfrute de la pensión está condicionado a la desafiliación formal del sistema.*

Es cierto que la aplicación del método interpretativo gramatical o textual arroja el resultado señalado por el recurrente, en el sentido que la percepción de la pensión está supeditada a la desvinculación del régimen, lectura que ha sido ampliamente respaldada por la jurisprudencia de esta Corporación.

No obstante lo anterior, esta Sala, en situaciones particulares, en las cuales la utilización de la regla de derecho de la interpretación textual ofrece soluciones insatisfactorias en términos valorativos, ha acudido a otras alternativas hermenéuticas para dar respuesta a esos casos que, por sus peculiaridades, ameritan una solución diferente. Así, por ejemplo, en tratándose de eventos en los que el afiliado ha sido conminado a seguir cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocer la pensión, que ha sido solicitada en tiempo, la Corte ha estimado que la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se han completado los requisitos (CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798).

También, en contextos en los cuales la conducta del afiliado denota su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema, se ha considerado que la prestación debe ser pagada con antelación a la

Nótese, en cuanto a la cantidad de semanas de cotización, conforme a dicha historia laboral, se reportan 956,29 semanas en el RPM y 683 en el RAIS para un total de **1639,29** a enero del 2015, reuniendo con ello los requisitos previstos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, para el reconocimiento del derecho pensional a partir del cumplimiento de los 57 años de edad, por lo que se modificará en este sentido la fecha a partir de la cual procede el reconocimiento pensional.

Dilucidado lo anterior, a continuación se procede a establecer el valor de la primera mesada pensional de la demandante, señalando el ingreso base para liquidar la prestación debe ser el promedio de salarios cotizados durante los

---

desafiliación formal del sistema (CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35605; CSJ SL4611-2015, en esta última, si bien fueron consideraciones efectuadas en sede de instancia, la Corte ahora las reitera en sede de casación). En este orden, podría decirse que si bien la regla general sigue siendo la desvinculación del sistema como requisito necesario para el inicio de la percepción de la pensión, existen situaciones especiales que ameritan reflexiones igualmente particulares, y que deben ser advertidas por los jueces en el ejercicio de su labor de dispensar justicia.

Este ejercicio de búsqueda de soluciones proporcionales y coherentes valorativamente, no implica una transgresión a las reglas metodológicas de interpretación jurídica. Antes bien, parte del correcto entendimiento que la utilización de las reglas interpretativas excluye su aplicación aislada y descontextualizada de los elementos externos. Además, en el sistema legal, la hermenéutica jurídica no se agota en la gramática o el análisis del lenguaje de los textos, pues existen otros métodos igualmente válidos que deben ser conjugados y armonizados para desentrañar el contenido de las disposiciones legales. En este sentido, mal haría el juzgador, excusado en que la norma es «clara» y en la idea errada subyacente de la infalibilidad del legislador, llegar a soluciones abiertamente incompatibles y desalineadas frente a lo que constituye el marco axiológico del ordenamiento jurídico. Por esto, un adecuado ejercicio hermenéutico debe integrar las distintas reglas de interpretación y los factores relevantes de cada caso, en procura de ofrecer soluciones aceptables y satisfactorias.

Así las cosas, en el sub examine, el Tribunal no se equivocó al generar un espacio en favor de una lectura distinta a aquella según la cual el retiro formal del sistema es condición necesaria para el disfrute de la pensión. Su conducta, consistente en revisar las peculiaridades del caso sometido a su escrutinio, es en un todo aceptable, pues como en innumerables oportunidades lo ha reiterado esta Sala «si bien, los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, consagra necesaria la desafiliación del sistema para que pueda comenzarse a pagar la pensión de vejez, ante situaciones que presentan ciertas peculiaridades, como en este evento quedó demostrado, la aplicación de dichas normas debe ajustarse a las especiales circunstancias que emergen del plenario» (CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514, reiterada en CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798).

Ahora bien, en lo relacionado concretamente con la interpretación a la que se adscribió el ad quem y que denominó «teoría de la desafiliación tácita del sistema», cumple agregar que su denominación no es la más afortunada, pues más que un acto tácito de desafiliación, corresponde a la verificación de la voluntad del afiliado de no seguir vinculado con el régimen de pensiones. Sin embargo, esta imprecisión terminológica o de acento, no le resta contenido sustancial a ***los argumentos del Tribunal en virtud de los cuales, dedujo que la intención del actor de no seguir afiliado al sistema es constatable desde el momento en que dejó de cotizar y solicitó el pago de la prestación o de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. El anterior razonamiento a juicio de esta Sala, tiene cabida en el marco de lo previsto en los arts. 13 y 35 del A. 049/1990, pues estas disposiciones admiten un entendimiento conforme al cual la voluntad del afiliado de no continuar afiliado al sistema, manifestada mediante actos externos, es un parámetro válido para establecer la fecha de inicio de disfrute de la pensión.*** *(Negrilla y subrayado fuera de texto)".*

diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor según certificación expedida por el DANE o el de toda la vida por haber cotizado la actora más de 1250 semanas conforme lo dispone el artículo 21 Ley 100 de 1993

Así, realizadas las operaciones aritméticas con apoyo del grupo liquidar creado por el Consejo Superior de la Judicatura y que hacen parte integra de la sentencia, se obtiene un valor del I.B.L. de los últimos 10 años **por ser el más favorable** a la demandante la suma de $2.442.225,17 (pues el de toda la vida arrojó un valor de $1.815.574,66), al cual se le aplica la tasa de reemplazo prevista en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, del 72.94%[12] obteniéndose un valor por concepto de primera mesada pensional actualizada al año 2018 de **$1.781.284,79**[13].

En otro giro, en lo relacionado con la cantidad de mesadas anuales a imponer a cargo de la accionada COLPENSIONES, se debe precisar la demandante tiene derecho a devengar 13 mesadas anuales, como quiera que la pensión se causó

12

Calculo Tasa de Reemplazo 2018				
IBL / SMMLV	$ 2.442.225,2	$ 781.242,0	3,1261	
No. SMMLV*0,5		3,1261	1,563040114	
65,50%	-	1,5630	63,9370	
Semanas adicionales a 1300-1600		300		
300 / 50 * 1,5		9		
63,94%	+	9,00%	T. R.	72,9370%

13

Cálculo Ultimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
2002	18	46,580	96,92	2,081	$ 1.301.000,00	$ 2.707.018,46	$ 1.624.211,08
2003	360	49,830	96,92	1,945	$ 1.026.416,67	$ 1.996.393,81	$ 23.956.725,67
2004	360	53,070	96,92	1,826	$ 1.097.833,33	$ 2.004.937,00	$ 24.059.244,02
2005	360	55,990	96,92	1,731	$ 1.170.916,67	$ 2.026.884,15	$ 24.322.609,75
2006	360	58,700	96,92	1,651	$ 1.227.666,67	$ 2.027.009,43	$ 24.324.113,12
2007	360	61,330	96,92	1,580	$ 1.665.583,33	$ 2.632.126,80	$ 31.585.521,60
2008	360	64,820	96,92	1,495	$ 1.761.750,00	$ 2.634.199,48	$ 31.610.393,71
2009	360	69,800	96,92	1,389	$ 1.968.250,00	$ 2.732.991,26	$ 32.795.895,13
2010	360	71,200	96,92	1,361	$ 1.978.083,33	$ 2.692.638,16	$ 32.311.657,87
2011	360	73,450	96,92	1,320	$ 2.107.250,00	$ 2.780.594,55	$ 33.367.134,65
2012	290	76,190	96,92	1,272	$ 2.509.017,24	$ 3.191.678,06	$ 30.852.887,87
2014	22	79,560	96,92	1,218	$ 904.000,00	$ 1.101.252,89	$ 807.585,45
2015	30	82,470	96,92	1,175	$ 1.233.000,00	$ 1.449.040,38	$ 1.449.040,38
Total días	3600				Total devengado actualizado a:	2018	$ 293.067.020,28
Total semanas	514,29					Ingreso Base Liquidación	$ 2.442.225,17
Total Años	10,00					Porcentaje aplicado	72,94%
						Primera mesada	$ 1.781.284,79
					Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año	2018	$ 781.242,00

con posterioridad al 31 de julio del 2011 (inciso 8º y parágrafo 6° del Acto Legislativo 01 de 2005).

En ese orden, se procederá a concretar el valor del retroactivo pensional adeudado por Colpensiones causado del 14 de enero del 2018 con corte al 30 de junio del 2022 (fecha de la presente decisión), teniendo en cuenta la mesada aquí obtenida de $1.781.284,79 dado que en primera instancia no se liquidó la prestación, el cual arroja una suma de **$108.563.817,22**[14], cifra que se puede verificar con la liquidación anexa que hace parte integrante de la presente decisión por lo que éste punto será adicionado al fallo apelado, precisando éste se seguirá causando hasta la inclusión en nómina de la prestación aquí reconocida.

Se advierte en este punto, ninguna de las mesadas está afectada por el fenómeno de la prescripción, pues el derecho pensional se hizo exigible el 14 de enero del 2018 (fecha en que la demandante tenía cotizadas más de 1300 semanas y cumplió los 57 años de edad), reclamando ante Colpensiones su derecho el 8 de enero del 2019 (fls. 18 y 19) y acudiendo a la jurisdicción el 17 de julio del 2019 (fl. 71), esto es, no trascurrieron los 3 años de tratan los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.L, advirtiéndose COLPENSIONES fue notificada del auto admisorio de la demanda (de fecha 21 de agosto del 2019) el 1° de octubre del 2019 (fls. 74 y 88), esto es, dentro del año que establece el artículo 94 del C.G.P.

En lo que hace a los intereses moratorios, respecto de los cuales solicita la parte accionante se condene a la demandada, a juicio de la Sala en el caso de autos no es procedente su imposición, en virtud de lo expuesto en la Sentencia SL

14

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	***Fecha final***	***Incremento %***	***Valor mesada calculada***	***N°. Mesadas***	***Subtotal***
14/01/18	*31/12/18*	*4,09%*	*$ 1.781.284,79*	*12,57*	*$ 22.384.812,2*
01/01/19	*31/12/19*	*3,18%*	*$ 1.837.930,00*	*13,00*	*$ 23.893.090,0*
01/01/20	*31/12/20*	*3,80%*	*$ 1.907.771,00*	*13,00*	*$ 24.801.023,0*
01/01/21	*31/12/21*	*1,61%*	*$ 1.938.486,00*	*13,00*	*$ 25.200.318,0*
01/01/22	***30/06/22***	*5,62%*	*$ 2.047.429,00*	*6,00*	*$ 12.284.574,0*
Total retroactivo				***$ 108.563.817,22***	

787-2013 Radicación No. 43602 del 6 de noviembre de 2013[15], como quiera que se presentó un debate fáctico jurídico razonable, en cuanto en primer lugar se está resolviendo sobre la ineficacia del traslado de régimen y solo hasta éste fallo se determinó que en efecto la demandante tiene la calidad de afiliada al RPM y por ende le asiste el derecho para acceder a la prestación pensional de vejez, para lo cual fue necesario acudir a lo dispuesto por la Jurisprudencia de la máxima Corporación y al acervo probatorio recaudado, y en esa medida existen razones atendibles que justifican la omisión en el reconocimiento pensional, por lo que se absolverá de ésta pretensión.

No obstante, se confirmará la orden de la a quo relativa a la indexación del retroactivo pensional, como quiera que entre la fecha en que se está reconociendo la prestación y la calenda en que se paguen las mesadas adeudadas, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dichos valores han perdido poder adquisitivo.

Frente al reconocimiento de perjuicios baste con señalar, revisados los argumentos de la alzada propuesta por el apoderado de la actora, se advierte que las razones esgrimidas como sustento al recurso no atacan en manera alguna, las motivaciones que dieron lugar a la decisión de primera instancia para absolver de los mismos.

En ese orden, es menester memorar, no es suficiente interponer el recurso sino que además es necesario sustentarlo, es decir, señalar las razones de inconformidad respecto de la decisión que impugna[16], en especial teniendo en

---

[15] *"La Sala como consecuencia de su nueva integración ha considerado pertinente moderar esta posición jurisprudencial, para aquellos eventos en que las actuaciones de las administradoras de pensiones públicas o privadas, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que les es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan no les compete y les es imposible predecir. Entiende la Corte que la jurisprudencia en materia de definición de derechos pensionales ha cumplido una función trascendental al interpretar la normativa a la luz de los principios y objetivos que informan la seguridad social, y que en muchos casos no corresponde con el texto literal del precepto que las administradoras en su momento, al definir las prestaciones reclamadas, debieron aplicar por ser las que en principio regulaban la controversia; en esas condiciones, no resulta razonable imponer el pago de intereses moratorios porque su conducta siempre estuvo guiada por el respeto de una normativa que de manera plausible estimaban regía el derecho en controversia. Máxime que en Colombia el control difuso que es el que opera en las excepciones de inconstitucionalidad está a cargo de los jueces y no de las administradoras".*

[16] Al punto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 26936 señaló:

cuenta que de acuerdo con el artículo 66A del C.P.T. y de la S.S. la sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación.

Sobre el punto, téngase en cuenta, el artículo 57 de la Ley 2 de 1984, el cual señala:

> *"**Quien interponga el recurso de apelación en proceso** civil, penal o **laboral deberá sustentarlo** por escrito ante el juez que haya proferido la decisión correspondiente, antes de que se venza el término para resolver la petición de apelación. Si el recurrente no sustenta la apelación en el término legal, el juez mediante auto que sólo admite el recurso de reposición, lo declarará desierto. No obstante la parte interesada podrá recurrir de hecho.*
>
> *Sustentado oportunamente, se concederá el recurso y se enviará el proceso al superior para su conocimiento."*

Incluso, la Corte Constitucional, en sentencia T-1205 de 2008, puntualizó:

> *"En conclusión, no le cabe duda a la Sala que en materia de procedimiento laboral, es deber de las partes que interponen el recurso de apelación, **sustentar** el mismo en la oportunidad indicada por la Ley, so pena de que se declare desierto el mismo o de que se determine su inadmisibilidad por parte del juez laboral de conocimiento."*

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 322 del C.G.P.[17] *"Para la sustentación del recurso, será suficiente que el recurrente exprese, en forma concreta, las razones de su inconformidad con la providencia*", advirtiéndose en el caso de autos como ya se dijo no se expusieron "*las razones de inconformidad*" en relación con la absolución de los perjuicios, por lo que concluye la Sala no se interpuso recurso de apelación frente a este aspecto pues únicamente los cita o menciona en su alzada, pero sin mayor argumentación y en todo caso, solo en gracia de la discusión, nótese los mismos no se acreditan máxime cuando

---

"La sustentación no es una formalidad sino una exigencia de racionalidad de la demanda de justicia, de fijar los puntos que distancian al recurrente de la decisión del juez y las razones por las cuales esa decisión debe ser revocada."

También la Corte Constitucional, en sentencia T-1205 de 2008, puntualizó:

"En conclusión, no le cabe duda a la Sala que en materia de procedimiento laboral, es deber de las partes que interponen el recurso de apelación, sustentar el mismo en la oportunidad indicada por la Ley, so pena de que se declare desierto el mismo o de que se determine su inadmisibilidad por parte del juez laboral de conocimiento."

[17] Aplicable en el procedimiento laboral por disposición del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S.

dentro del presente litigio se está reconociendo la prestación pensional desde la fecha del cumplimiento de la edad.

Finalmente, se adicionará la sentencia para autorizar a COLPENSIONES a descontar del retroactivo pensional lo correspondientes a los aportes a salud, en virtud de lo previsto en el artículo 42 de la Ley 100 de 1993 que 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*'.

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 adicionará en los puntos anteriormente expuestos y 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: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado, para ordenar a PROTECCIÓN S.A., devolver a COLPENSIONES además de los gastos de administración y las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente **indexados** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora, conforme lo considerado.

SEGUNDO: DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus

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

TERCERO: MODIFICAR el numeral **TERCERO** del fallo apelado y consultado para establecer que la mesada pensional de la señora **ANGELA RODRIGUEZ CARDENAS** debe ser reconocida y pagada a partir del **14 de enero del 2018** en suma de **$1.781.284,79**, precisando el retroactivo adeudado desde tal data y hasta el 30 de junio del 2022 corresponde a **$108.563.817,22**, el cual se seguirá causando hasta la fecha efectiva de inclusión en nómina y deberá ser cancelado de manera indexada, conforme a lo expuesto.

CUARTO: ADICIONAR la decisión del Juzgado 13 Laboral del Circuito con el fin de **AUTORIZAR** a COLPENSIONES a efectuar las deducciones por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, del retroactivo que le sea reconocido al demandante.

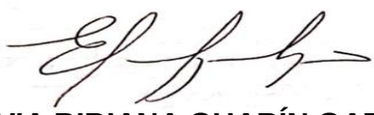
QUINTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia.

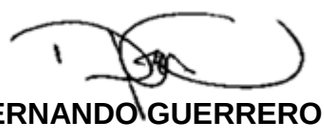
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



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 LEONCIO DANILO MUÑOZ SUAREZ CONTRA GUILLERMO ARMANDO RODRIGUEZ CORTÉS (RAD. 15 2019 00082 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, sin que la partes hubieran presentado los alegatos de instancia, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 13 numeral primero de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante[1] respecto a la sentencia proferida por el Juez Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 25 de abril de 2022 (Cd fol. 136, record 1:04:27 acta a folios 139 a 139), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR*** *la existencia de un contrato de prestación de servicios profesionales entre el demandante LEONCIO DANILO MUÑOZ y el demandado GUILLERMO ARAMANDO CORTES que se desarrolló entre el 23 de agosto del año 2016 y hasta el 26 de julio del 2017 por concepto o con objeto la prestación judicial del demandado en el presente asunto.*
>
> ***SEGUNDO: ABSOLVER*** *a la parte demandada de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la presente acción, dado que los honorarios que se causaron a favor de la parte actora, y a la cuantía que correspondía ya fue cancelada por la parte demandada y no se acreditaron los perjuicios que*

[1] *Ver fallo de tutela STL 16877-2016, radicación 45202 de 16 de noviembre de 2016, donde se determina la procedencia del grado jurisdiccional de consulta respecto de asuntos relativos a contratos de prestación de servicios y cobro de honorarios profesionales.*

reclamaba y en esos términos, entonces declarar demostrada la excepción de cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación propuesta por la parte demandada a través de su curadora ad litem.

***TERCERO: NO CONDENAR** en costas ni a favor ni en contra de ninguna de las partes, conforme se expuso en la parte motiva.*

CUARTO:** Si la presente providencia no fuere impugnada y dado el resultado desfavorable de las pretensiones de la parte actora, se remitirán las diligencias al Superior para que la revise en grado jurisdiccional de Consulta**"

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 LEONCIO DANILO MUÑOZ SUAREZ, dentro de este ordinario las pretensiones relacionadas a folios 2 y 3, las cuales encuentran fundamento en los hechos narrados a folios 3, 4, 67 y 68 del expediente; solicitando se declare la existencia de un contrato de prestación de servicios profesionales entre las partes desde el 23 de agosto de 2016 hasta el 26 de julio de 2017, en consecuencia, se condene a la demandada al pago del saldo insoluto de honorarios por valor de $12'000.000 a corte del 26 de julio de 2017; al pago de perjuicios por la terminación unilateral del vínculo, los intereses moratorios y las costas del proceso. **Obteniendo sentencia desfavorable a sus aspiraciones,** por cuanto si bien se declaró la existencia entre las partes, de un contrato de prestación de servicios profesionales, entre el 23 de agosto de 2016 y el 26 de julio de 2017, se absolvió al demandado de todas las pretensiones incoadas tras considerar que no hay ninguna prueba relativa al valor de los honorarios pactados y la suma que el demandante aceptó recibir por este concepto, resulta ser superior a la establecida en las tarifas de honorarios de CONALBOS.

Con el fin de resolver el asunto, en primer lugar recuerda la Sala, que el contrato de prestación de servicios se perfecciona con la simple manifestación del consentimiento de las partes y por tanto, puede verbalmente o por escrito. De esta manera, aunque en el presente caso no se celebró contrato escrito, la Sala

encuentra acreditada la prestación de servicios profesionales de abogado por parte del demandante a favor del señor Guillermo Armando Rodríguez Cortés, como se extrae de la documental aportada con la demanda, tal como lo dispuso el a quo y que ahora permanece incólume en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

Para ahondar en razones, el 22 de agosto de 2016, el aquí demandado le otorgó poder al abogado Leoncio Danilo Muñoz Suárez para que lo representara judicialmente en el proceso que en el Juzgado Veinte Civil del Circuito de Bogotá cursaba en su contra *(folio 24)* y el 31 de agosto de la misma anualidad radicó ante esa sede judicial, el correspondiente escrito de contestación de la demanda (fls. 25 a 55); así mismo, dentro del proceso contra el aquí convocado, se profirió sentencia de 14 de julio de 2017, con decisión que le fue favorable (fls. 56 a 62).

Como quiera que en el presente caso, se trata de la prestación de servicios profesionales de abogado, mediante la celebración de un contrato de mandato, es imperioso tener en cuenta lo descrito por el artículo 2412 del C.C, el cual prevé:

> *"El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.*
>
> *"La persona que concede el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general mandatario."*

Y el artículo 2143 del C.C. tiene establecido que:

> *"El mandato puede ser gratuito o remunerado. La remuneración es determinada por convención de las partes, antes o después del contrato, por la ley o por el juez".*

A partir de lo anterior, es claro que cuando un profesional busca el reconocimiento y pago de los honorarios generados con ocasión de un contrato de mandato para representación judicial, le corresponde al profesional del derecho, conforme las reglas de la carga de la prueba, no solo acreditar que le fue conferido poder para actuar, sino además, la gestión desarrollada con fundamento en el mismo.

En ese sentido, es claro que a partir de la prueba documental a que ya se hizo referencia, se acreditó que el aquí convocado le otorgó al abogado demandante, poder para actuar en su defensa en el proceso verbal que en su contra inició Martín Gerardo Cordero Pérez, que cursó en el Juzgado Veinte Civil del Circuito de Bogotá y en virtud del poder que le fue conferido contestó la demanda y el trámite culminó con sentencia de 14 de julio de 2017, favorable a los intereses del aquí convocado.

Y aunque en los hechos de la demanda y su subsanación (fl. 68), el aquí demandante refirió que a título de honorarios profesionales se pactó la suma de $22’000.000.oo, de los cuales únicamente se pagaron $8’000.000.oo y los 12’000.000,oo restantes se pagarían una vez se profiriera sentencia de primera instancia, lo cierto es que no existe ningún material probatorio que sustente el pacto de honorarios en la cuantía señalada.

En todo caso, no puede pasarse por alto, que la gestión profesional del demandante lo hace merecedor al reconocimiento de honorarios, en tanto se acreditó que adelantó su gestión profesional a favor de los intereses de su poderdante, por lo que a fin de determinar su monto, es viable acudir a las tarifas del Colegio Nacional de Abogados CONALBOS 2016-2017[2], como en efecto lo hizo *el a quo*. En este sentido se pronunció la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicación 70301 de 2019, afirmando:

> *“Así las cosas, no se observa el yerro jurídico del Tribunal cuando fijó los honorarios profesionales del demandante, con fundamento en las tarifas establecidas por la Corporación Colegio Nacional de Abogados – Conalbos, por cuanto a falta de voluntad contractual de las partes, es posible acudir a las tarifas de los colegios de abogados, testimonios, dictámenes periciales, inclusive”.*

[2] *Correspondiente a las anualidades en que se adelantó la actividad profesional del demandante.*

Al tema, de la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá se extrae que el trámite que impartió al asunto fue el de un proceso verbal, relativo al incumplimiento de una obligación dineraria y no haberse efectuado la tradición jurídica de un automotor, por lo que se solicitó la restitución del rodante (fl. 56 a 62), para los cuales las tarifas de honorarios establecidas por CONALBOS, incorpora un acápite específico en el numeral 4.2, donde establece que para procesos de restitución de bienes vendidos con pacto de reserva de dominio por contratos civiles o comerciales, como fue el caso de la demanda presentada en contra del aquí demandado, la tarifa corresponde a diez salarios mínimos legales mensuales vigentes, salario que para el año 2016, cuando le fue conferido poder al aquí demandante, ascendía a $689.455,oo.

Ahora bien, en el hecho segundo de la demanda (fl. 68) el demandante confesó que recibió del enjuiciado, la suma de $8’000.000,oo por concepto de honorarios, que supera con amplitud los diez salarios mínimos para el año 2016 ($6’894.550,oo), es decir, como quiera que el actor no logró demostrar el pacto de honorarios superior a la mencionada suma, se acompaña la conclusión del a quo, relativa a que con el pago que aceptó haber recibido, fueron satisfechos los honorarios profesionales a que tenía derecho.

Por lo anteriormente expuesto, la decisión de primer grado será confirmada en su integridad.

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

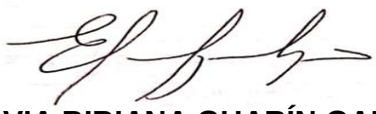
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones aquí expuestas.

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 DE DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

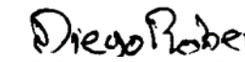
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR RAFAEL ENRIQUE ROBLES MUNAR CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y como vinculado PEDRO ANTONIO BUENO HERNANDEZ (RAD. 15 2020 00232 01).

Bogotá D.C., Treinta (30) de junio 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 GARCÍA en su calidad de representante legal de la firma ARANGO GARCÍA ABOGADOS ASOCIADOS (folio 6 vto).



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por Colpensiones y el demandante, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 13 numeral primero de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022 profieren la siguiente,

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de los recursos de apelación interpuestos tanto por la parte demandante como por la demandada y el grado jurisdiccional de Consulta en su favor, de la sentencia proferida por el Juez 15 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 18 de abril del 2022 (Audiencia virtual archivo 37, record: 1:36:17), en la que se resolvió:

"PRIMERO: RECONOCER la pensión de vejez a favor del señor Rafael Enrique Robles Munar reconocida mediante resolución SUB 54703 del 26 de febrero del 2020 a partir del día 1° de junio del 2019 y no del 1° de marzo del año 2020 como allí se reconoció, reconociendo entonces como valor pensional a partir del 1° de junio del año 2019 la suma de $1.405.130 y a partir del año 2020 la suma de $1.458.525 y no el valor allí reconocido del año 2020 de $1.215.438, todo lo anterior conforme se expuso en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- al reconocimiento y pago a favor del señor demandante de las mesadas pensiónales causadas del 1 de junio del año 2019 y el 28 de febrero del año 2020 y a partir del 1 de marzo del año 2020 las diferencias entre la mesada pensional que se está reconociendo en esta providencia y la que se viene reconociendo por la demandada, debidamente indexada o actualizada desde la fecha de causación en cada una en forma anual y hasta su monto efectivo de pago e inclusión en nómina por parte de la parte demandada.

TERCERO: ABSOLVER al integrado a la Litis señor PEDRO ANTONIO BUENO HERNANDEZ de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la presente acción y en estos términos declarar demostradas las excepciones de cobro de lo no debido y inexistencia de la obligación propuestas por la parte demandada.

CUARTO: ABSOLVER a la parte demandada COLPENSIONES de las demás pretensiones invocadas en la acción específicamente en cuanto a la reliquidación derivada del IBL, correspondiente a los intereses moratorios, igualmente el incremento pensional por persona a cargo conforme se expuso en la parte motiva.

QUINTO: CONDENAR en costas a la parte demandada Colpensiones, para el efecto se fija como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a 3 salarios mínimos mensuales legales vigentes para el año 2022, sin costas a favor ni en contra del señor PEDRO ANTONIO BUENO HERNADEZ conforme se expuso en la parte motiva.

SEXTO: Si la presente providencia no fuere impugnada y dado el resultado desfavorable para Colpensiones entonces re remitirá las diligencias al superior para efecto de revisión en grado jurisdiccional de consulta."

Inconforme con la decisión los apoderados de las partes recurrieron la decisión así:

El demandante únicamente en lo que tiene que ver con la absolución de los intereses moratorios, precisando Colpensiones no dio aplicación a lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 pues ni siquiera analizó en este caso concreto la posibilidad de aplicar tal acuerdo. *(Audio archivo 38 expediente virtual, record: 1:42:42)*[1]

[1] Si señor Juez quisiera apelar lo referente a la liquidación ya que no estoy de acuerdo sobre todo en el tema de los intereses, dado que se libra de intereses moratorios a la parte demandada por el tema de cambio jurisprudencial no obstante puedo constatar incluso en comunicados de la corte constitucional en los que se advierte la clara, la constante relación que hace de aplicabilidad del acuerdo 049 del 1990 de la cual Colpensiones de manera reiterada lo desafía, es decir ni si quiera analizo en este caso concreto la posibilidad de aplicar este acuerdo por más que se le indico en los recursos y de manera administrativa, esa sería mi única precisión.

COLPENSIONES por su parte interpuso recurso de apelación, aduciendo, no se puede tener en cuenta la sentencia SL 1947 de 2020 como precedente jurisprudencial dado que es un pronunciamiento sobre un caso particular en donde se tomó semanas cotizadas al seguro social y entidades públicas para aplicar el Acuerdo 049 y reconocer una pensión de vejez garantizando ese derecho, mas no se trató de una reliquidación como en este caso en particular.

Igualmente expresa no puede accederse a la aplicación del Acuerdo 049 como beneficiario del régimen de transición del demandante ya que a la entrada en vigencia de la Ley 100 del 93 no se encontraba afiliado al instituto de los seguros sociales, pues ello solo ocurrió hasta el 2008 como se plasma en su historia laboral y si bien en la sentencia 3492 del 2020 se aplica el artículo 36 de la ley 100 allí se prestaron servicios al sector público y privado realizando aportes pero antes de la entrada en vigencia de la normativa señalada lo que permitía acceder a un derecho pensional a la luz del acuerdo 49 de 1990, pero en este caso en específico manifiesta la apelante, el demandante nunca estuvo afiliado antes de la entrada en vigencia de la ley 100 del 93 por lo que solicita se revoque la sentencia proferida por el despacho. *(Audio archivo 38 expediente virtual, record: 1:44:36)*[2]

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

[2] De acuerdo a las instrucciones de mi representada y siendo la etapa procesal pertinente me permito presentar recurso de apelación parcial, contra la sentencia proferida en primera instancia de la siguiente manera:

Mi representado reconoció como beneficiario del régimen de transición al demandante mediante resolución SUB 10095 del 2020 así mismo es importante informar al demandante que al momento de liquidar la pensión de vejez se tuvo en cuenta el ingreso base de liquidación automáticamente promediado sobre los cuales realizo los aportes al sistema general de pensiones, no se puede tener en cuenta la sentencia SL1947 DE 2020 como precedente jurisprudencial teniendo en cuenta que es un pronunciamiento de la honorable corte suprema de justicia sobre un caso particular para que este sea tenido en cuenta como un precedente debe surgir una repetición en cuanto a la forma del caso para que tenga fuerza vinculante a los demás operadores judiciales, el cual en dicho pronunciamiento toma semanas cotizadas al seguro social y entidades públicas para tomar norma a aplicar el acuerdo 049 para reconocer una pensión de vejez y garantizar el derecho a la pensión, mas no de una reliquidación como en este caso en particular, igualmente no puede accederse a aplicar el acuerdo 049 como beneficiario del régimen de transición del demandante ya que a la entrada en vigencia de la Ley 100 del 93 nunca se habían encontrado fiables al instituto de los seguros sociales solo hasta 2008 como se plasma en su historia laboral y de acuerdo a la sentencia 3492 de la corte suprema de justicia del 2020 indica que el artículo 36 de la ley 100 el demandante manifestó al régimen de transición al haber prestado sus servicios al sector público y privado realizando nuevos aportes pero antes de la entrada en vigencia de la normativa señalada que permitiría acceder a un derecho pensional a la luz del acuerdo 49 de 1990 pero en este caso en específico como se ve en su historia laboral el demandante nunca estuvo afiliado antes de la entrada en vigencia de la ley 100 del 93 por lo antes expuesto solicito al honorable tribunal de Bogotá sala laboral revoque en este sentido la sentencia proferida por el despacho.

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante RAFAEL ENRIQUE ROBLES MUNAR, las pretensiones consignadas en el escrito demandatorio (páginas 55 a 57 Archivo 1 expediente digital), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados en el respectivo acápite (páginas 57 y 58 Archivo 1 expediente digital), aspirando se ordene a COLPENSIONES reliquide su pensión de vejez teniendo en cuenta los IBL de los 10 años anteriores a la fecha en que cumplió los requisitos de edad y semanas de cotización, igualmente se condene al pago del retroactivo a partir del mes de julio del 2019 fecha en que se desafilio del sistema general del pensiones, intereses moratorios e incremento del 14% por persona a cargo conforme al Acuerdo 049 de 1990, derechos *ultra y extra petita,* costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, por cuanto se ordenó la reliquidación teniendo en cuenta lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 por ser beneficiaria del régimen de transición, señalando que la liquidación efectuada por Colpensiones con el IBL de los últimos 10 años cotizados desde el último aporte se encontraba correcta, disponiendo únicamente la aplicación de una tasa de reemplazo del 90% al tener el actor más de 1250 semanas aportadas, señalando el a quo la viabilidad de sumar tiempos públicos y privados ante la nueva línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia; igualmente indicó que la prestación pensional debía ser reconocida a partir del 1° de junio del 2019 (día siguiente a la última cotización), ordenando el pago de un retroactivo de mesadas del 1° de junio del 2019 al 28 de febrero del 2020 y un retroactivo por diferencias de mesadas a partir del 1° de marzo del 2020 debidamente indexado al no condenar a los intereses moratorios por no encontrar acreditada su causación.

Pues bien, no es motivo de controversia en esta instancia la calidad de pensionado que ostenta el actor, conforme se acreditó con la copia de la resolución SUB 54703 del 26 de febrero del 2020, confirmada mediante Resolución DEP 7597 del 7 de mayo del 2020 (páginas 24 a 46, archivo 1, expediente digital), con la cual se reconoció el derecho pensional a partir de 1 de marzo del 2020, a la luz de lo dispuesto en la Ley 71 de 1988, aplicable en virtud del régimen de transición del cual lo encontró beneficiario, teniendo en cuenta un total de 1467 semanas de cotización, y un monto de IBL de $1.620.584, al que se le aplicó una tasa de reemplazo equivalente al 75%, resultado como primera mesada pensional la suma de $1.215.438 para el 2020.

Así las cosas, y como quiera que además del recurso de apelación el presente proceso se conoce en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se revisaran además de los puntos objeto de apelación, las condenas impuestas a la encartada; en ese orden, el problema jurídico en esta instancia se circunscribe en determinar si el demandante tiene derecho a que su mesada pensional se reliquide teniendo en cuenta para su cálculo una tasa de reemplazo de 90% que si bien no fue lo solicitado en la demanda, pues lo pretendido por el actor era la reliquidación de su prestación pensional *-reconocida bajo el manto de la Ley 71 de 1988 en virtud del régimen de transición y no discutida por el actor-* teniendo en cuenta el IBL de los 10 años anteriores a la fecha en que cumplió la edad de 60 años, esto es, los anteriores al 27 de diciembre del 2011, el Juez de primer grado así definió el debate jurídico, pues en la etapa de fijación del litigio expresó que se debía analizar dentro del presente proceso cual era la norma aplicable al reconocimiento pensional, por ende luego de definido ello consideró ser el Acuerdo 049 de 1990 el que gobernaba la pensión del actor, de igual forma se verificará la procedencia del retroactivo solicitado, y los intereses moratorios.

Conforme a lo anterior, no se discute en esta instancia que durante la vida laboral el demandante realizó cotizaciones en número total de **1467 semanas** tal como se consigna por COLPENSIONES en el acto administrativo reconocedor del derecho pensional; advirtiéndose al plenario se allegó CERTIFICACIÓN ELECTRONICA DE TIEMPOS LABORADOS –CETIL-, en el que consta que el demandante laboró para la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial del 18 de enero de 1972 al 11 de enero de 1999 efectuando aportes a la CAJA NACIONAL DE PREVISION CAJANAL.

En este orden de ideas, y como quiera que el Juez de primer grado definió la procedencia de la **reliquidación** de la mesada pensional del actor aplicando una tasa de remplazo de 90% contenida en el Acuerdo 049 de 1990, se advierte si bien la H. Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia SL1947 del 1° de julio del 2020 radicado 70918, señaló que para las pensiones de vejez contempladas en el Acuerdo 049 de 1990 aplicable por vía del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pueden consolidarse semanas cotizadas tanto al ISS como los tiempos laborados a entidades públicas, expresando que si el artículo 36 ibídem señala que los efectos de la norma anterior aplicable solo se da para los aspectos de edad, tiempo y monto, resulta entonces que la forma de

computar las semanas para dicho tipo de prestaciones se rige por el literal f) del artículo 13, artículo 33 parágrafo 1° y parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen la posibilidad de sumar tiempos privados y públicos, así estos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.

Debe esta Sala de decisión precisar en este punto la razón se encuentra del lado de COLPENSIONES como quiera que la primera cotización efectuada por el demandante al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES lo fue para el periodo del **1° de junio del 2008**, es decir en vigencia de la ley 100 de 1993, conforme se constata en el reporte de semanas de cotización actualizado al 21 de julio del 2020 y aportado por Colpensiones en el expediente administrativo *(Archivo 33 expediente digital)*, razón por la cual se ha de señalar no hay lugar a la aplicación Acuerdo 049 de 1990 en virtud del régimen de transición, por cuanto el actor no se encontraba afiliado a éste régimen 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."***

Por lo que el régimen aplicable a la situación pensional del promotor del litigio en efecto es 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 60 años o más si es hombre, conforme así lo determino COLPENSIONES en la Resolución SUB 54703 del 26 de febrero del 2020.

De modo que atendiendo la apelación de Colpensiones y la consulta que se surte en su favor, se revocará lo atinente a la reliquidación de la mesada pensional del accionante teniendo en cuenta una tasa del 90% ante su improcedencia, por lo expuesto.

Ahora en lo que tiene que ver con el **retroactivo** pensional solicitado se advierte, aunque en el acto administrativo que dio origen a la prestación pensional del actor se indica que la fecha de *STATUS* lo fue el 27 de diciembre del 2011 (data del cumplimiento de los 60 años -nació el 27/12/1951-), lo cierto es que la última cotización reportada al sistema lo fue para el mes de **mayo del 2019** (Historia laboral obrante en expediente administrativo Archivo 33 expediente digital) solicitando el reconocimiento del derecho pensional el 10 de enero del 2020 (de acuerdo a lo señalado por la encartada en la Resolución que reconoció el derecho pensional) no obstante lo anterior, COLPENSIONES reconoció el derecho a corte de nómina (01/03/2020) por no encontrarse registrada la novedad de retiro.

De tal manera, en consideración a que la situación pensional del actor fue definida con fundamento en la Ley 71 de 1988, es de recibo para pensiones de esta estirpe remitirnos a la normatividad anterior, esto es, el artículo 76 del Decreto 1848 de 1969, el cual dispone "*La pensión de jubilación, una vez reconocida, se hace*

efectiva y debe pagarse mensualmente al pensionado desde la fecha en que se haya retirado definitivamente del servicio oficial (…)".

En ese orden, se advierte, si bien el retiro del sistema es requisito necesario para el disfrute del derecho pensional, ha sido criterio de la Sala, respaldado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia con radicación 35605, que deben examinarse las circunstancias especiales que rodean cada caso con el fin de establecer la fecha de desafiliación o retiro del afiliado. Tal posición fue reiterada en sentencia SL 5603 del 6 de abril de 2016, proferida dentro de la Radicación No.47236.

Así pues, de acuerdo al consolidado de semanas de cotización, como ya se dijo el demandante efectuó aportes en calidad de trabajador dependiente hasta el mes de mayo del 2019, procediendo a solicitar el reconocimiento pensional en data posterior, esto es, en el mes de enero del 2020, por lo que a juicio de la Sala, en armonía con la jurisprudencia citada, al margen de que se encuentre o no la novedad de retiro, dado que para la fecha en que se solicitó el reconocimiento pensional el promotor del litigio ya reunía los requisitos necesarios para acceder al derecho, el reconocimiento de la pensión del señor ROBLES MUNAR procedía a partir del día siguiente a su última cotización –JUNIO del 2019- atendiendo que para tal calenda ya había cumplido la edad de 60 años y el tiempo de servicio requerido por el artículo 7 de la Ley 71 de 1988 para acceder a una pensión de vejez, y había dejado de cotizar desde ese año -2019-.

Razones por las cuales el reconocimiento de la pensión del promotor del litigio debió ser a partir del **1° de junio del 2019**, día siguiente al de la última cotización efectuada, pues fue desde ese instante que se evidenció la voluntad del demandante de no continuar afiliado al sistema, voluntad manifestada mediante actos externos como el no seguir efectuando aportes y solicitar el reconocimiento de su prestación pensional (enero/2020) 8 meses después de su ultimo aporte (mayo/2019), parámetros válidos para esta Sala de decisión en torno a establecer la fecha de inicio de disfrute de la pensión, confirmándose en este punto la decisión del fallador de primera instancia.

Establecido lo anterior, dado que en primera instancia, no se concretó la condena por el retroactivo, procede la Sala a efectuar la liquidación correspondiente y una

vez realizados los cálculos aritméticos deflactando al 2019 el valor de la mesada otorgada en la Resolución SUB 54703 del 26 de febrero del 2020 de $1.215.438 (Archivo 1 expediente digital, página 28), se obtiene por valor del retroactivo de las mesadas causadas entre el 1° de junio del 2019 y el 28 de febrero del 2020 (mes anterior al ingreso a nómina) la suma de **$11.798.414**[3], precisándose en este punto el fallo de primer grado.

En cuanto a la condena por intereses moratorios punto de apelación de la parte demandante, es menester precisar, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 está previsto para los eventos de mora en el pago de mesadas pensionales sin tener el cuenta su fuente legal, pudiendo colegirse, el pago tardío de las mismas, debe ser sancionado en los términos del dicha norma, advirtiéndose contrario a lo referido por el Juez *a quo* en el presente asunto no se evidencia razón que justifique[4] el actuar de la entidad en el desconocimiento del derecho que le asistía al demandante desde la fecha en que realizo su última cotización (mayo del 2019), precisándose como ya se explicó cuando se solicitó la prestación pensional el actor ya contaba con los requisitos para su reconocimiento.

De esta suerte, se revocará la decisión de primera instancia y se condenará a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de los intereses moratorios los cuales deben ser impuestos a partir del **11 de mayo del 2020** (4 meses siguientes a la reclamación del derecho 10/01/2020 Archivo 1 expediente digital página 24) y hasta la fecha en que se realice el pago efectivo del retroactivo pensional generado por las mesadas causadas del 1° de junio del 2019 al 28 de febrero del 2020**,** revocando la condena por indexación y accediendo a ésta pretensión.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta en oportunidad por la demandada Colpensiones[5], como ya se ha venido señalando, se tiene que el

[3]

	Tabla Retroactivo Pensional				
Fecha inicial	***Fecha final***	***Incremento %***	***Valor mesada reliquidada***	***N°. Mesadas***	***Subtotal***
01/06/19	*31/12/19*	*3,18%*	*$ 1.170.942,20*	*8,00*	*$ 9.367.538*
01/01/20	***28/02/20***	*3,80%*	*$ 1.215.438,00*	*2,00*	*$ 2.430.876*
		retroactivo desde 01-06-2019 a 28-02-2020			***$ 11.798.414***

[4] *Sentencia SL 787-2013 Radicación No. 43602 del 6 de noviembre de 2013*.

[5] Desde la contestación de la demanda Archivo 13 expediente digital, pagina 6, la cual se admitió por el Juzgado mediante auto del 11 de junio del 2021 (Archivo 16 expediente digital)

derecho pensional a favor de la demandante se reconoció mediante Resolución SUB 54703 del 26 de febrero del 2020 solicitando el reconocimiento del retroactivo pensional el 9 de marzo del 2020[6] a través del recurso de reposición interpuesto contra el acto reconocedor del derecho, el cual fue resuelto de manera definitiva con la resolución DEP 7597 del 7 de mayo del 2020 notificada el 1° de junio del 2020 (Archivo 1 expediente digital páginas 31 a 46) y acudiendo a la jurisdicción el 3 de agosto del 2020 (Acta reparto Archivo 3 expediente digital), es decir, no transcurrió el término trienal legalmente establecido para la operancia del fenómeno prescriptivo.

Finalmente, se autoriza a COLPENSIONES a realizar las deducciones por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, respecto del retroactivo adeudado al demandante, 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 los términos anteriores, la Sala procede a la revocatoria parcial y adición de la sentencia de primer grado en los puntos anteriormente expuestos, confirmándose en lo demás.

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: REVOCAR parcialmente el numeral **PRIMERO** de la sentencia proferida por el Juez 15 Laboral del Circuito de Bogotá para establecer que la mesada pensional del actor para el 1° de junio del 2019 asciende a $1.170.942.20,

[6] Como se extrae del contenido de la Resolución SUB 100695 del 29 de abril del 2020 (página 31 Archivo 1 expediente digital)

ante la improcedencia de la reliquidación teniendo en cuenta lo establecido por el Acuerdo 049 de 1990, conforme lo expuesto.

SEGUNDO: PRECISAR el numeral **SEGUNDO** del fallo apelado, para establecer que el retroactivo adeudado al accionante del 1° de junio del 2019 al 28 de febrero del 2020 (mes anterior al ingreso a nómina) asciende a la suma de **$11.798.414.**

Se **REVOCA** la condena por indexación.

TERCERO: REVOCAR parcialmente el numeral **CUARTO** de la sentencia de primer grado y en su lugar condenar a COLPENSIONES a reconocer y pagar los INTERESES MORATORIOS a partir del **11 de mayo del 2020** y hasta la fecha en que se realice el pago efectivo del retroactivo pensional generado por las mesadas causadas del 1° de junio del 2019 al 28 de febrero del 2020**.**

CUARTO: ADICIONAR el fallo de primera instancia, en cuanto a que se dispone **AUTORIZAR** a COLPENSIONES a realizar los correspondientes descuentos por concepto de aportes a seguridad social en SALUD, del retroactivo adeudado al demandante.

QUINTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del Juez 15 Laboral del Circuito de Bogotá, de acuerdo a las consideraciones expuestas.

SEXTO: 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

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR BLANCA LUCIA HUERTAS en nombre y representación de EDNA BRIGITT ARANA HUERTAS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 15 2020 00408 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la parte demandante (correo electrónico del 22 de abril del 2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 13 numeral primero de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022.

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 apoderada de la demandante, contra la sentencia proferida por el Juez Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 2 de marzo de 2022 *(Audio archivo 51, record: 1:11:24)*, en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO:*** *Absolver a la demandada administradora de pensiones COLPENSIONES de todas las pretensiones invocadas por la señora EDNA BRIGITT ARANA HUERTAS y en estos términos declarar demostrada la excepción de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación conforme se expuso en la parte motiva.*
>
> ***SEGUNDO:*** *No condenar en costas a favor a ninguna de las partes conforme se expuso en la parte motiva.*
>
> ***TERCERO:*** *Si la presente providencia no fuere impugnada y dado el resultado desfavorable para la demandante se remitirá la diligencia al superior para que lo revise en el grado jurisdiccional de consulta."*

Inconforme con la decisión la apoderada de la parte actora recurre la decisión manifestando que dentro del proceso sí se encuentra demostrada la dependencia económica, la comunidad y el hogar que habían construido la hija de la demandante con el causante, precisando las pruebas testimoniales acreditan que

la señora BLANCA HUERTAS no pudo laborar y prueba de ello es que solamente tiene 67 semanas cotizadas, debido a la pérdida de capacidad tan alta que tiene su hija, persona que depende absolutamente de todo y tiene una PCL que asciende al 70% ya que su autismo deviene desde el momento de su nacimiento entonces es evidente que la madre no podía trabajar ni laboral.

Indica que los documentos que se aportaron prueban evidentemente esa dependencia económica y que convivio siempre con el causante tanto la señora BLANCA como su hija, señalando que el artículo 262 del C.G.P. manifiesta que las declaraciones emanadas de terceros deben evaluarse según el valor probatorio y en este caso no fue solicitada su ratificación por la parte demandada.

Expresa la poca actividad laboral del padre de la hija de la demandante se evidencia igualmente en su historia laboral, pues solamente tiene 400 semanas, lo que es evidencia que es una persona que no tiene trabajos estables, no podía solventar ni pagar las obligaciones que devienen de una niña y la situación particular, una persona ya adulta pero en la condición de discapacidad tan alta, entonces en su sentir es evidente que no había ninguna persona que solventara los gastos, solamente su abuelo que si contaba con una pensión y que se encargó de ella tal como se refieren las pruebas testimoniales y el interrogatorio de parte, las obligaciones de las cuales se había relevado al padre, razón por la cual señala no se puede entender que por el solo hecho que los padres aun existan y no sea huérfana se deba entender que no se pueden dar los criterios para la pensión porque se trataría de una desigualdad frente a una persona huérfana, pues en esta situación particular a pesar que los padres están, son padres que nunca han propendido o nunca cumplieron con la obligación i) porque no estaban en las condiciones, dado que su hija requería de un cuidado permanentemente y la otra ii) porque tampoco han tenido las capacidades económicas para cumplir.

Insiste en que era el padre de la señora BLANCA y abuelo de la demandante en este proceso quien propendía por su mantenimiento, razón por la cual considera no le asiste razón al juez al negar la pensión de sobreviviente en atención a que la dependencia económica se encuentra probada, igualmente pues revisado todo el material probatorio en conjunto es evidente que la demandante pues dependía

económicamente y absolutamente de su señor padre. *(Audio archivo 51, record: 1:12:13)*[1]

[1] Las razones para interponer el recurso que se aparta de la decisión que toma el juez de instancia en atención a que si se encuentra demostrado en el proceso la dependencia económica y esa comunidad y ese hogar que habían construido con el señor causante en este proceso, de ello pues están las pruebas que se mencionaron en los alegatos de conclusión, las pruebas testimoniales que acreditan que la señora BLANCA HUERTAS no pudo laborar como lo manifestó el juez a pesar que se prueba de ello que tenía solamente 67 semanas, era evidente que no hubiera podido laboral porque la demandante debido a la pérdida de capacidad tan alta que tiene que es una persona que depende absolutamente de todo y que de hecho debe tener que cuidarse porque se infringe y se hace daño como lo manifestó la demandante y tal como se prueba en la historia clínica que se manifiesta dentro del dictamen pericial que la perdida asciende al 70% y su autismo deviene desde el momento de su nacimiento entonces es evidente que la madre no podía trabajar ni laboral y prueba de ello pues obviamente el mismo documento que trae a colación el señor juez de solamente sesenta y siete, sesenta y algo de semanas que lo que más haya indica es que es una persona que nunca ha podido laboral y que si concuerda con las manifestaciones cuando manifiesta que ha dedicado toda su vida al cuidado de la menor.

Ahora bien, los documentos que se aportaron prueban evidentemente esa dependencia económica y ese hogar y que convivio siempre con el causante la señora BLANCA y la demándate en este proceso, frente a eso pues el artículo 262 del CGP manifiesta que las declaraciones emanadas de terceros deben evaluarse según el valor probatorio y pues en este caso que no fueran solicitadas o ratificadas por la parte demandada, al respecto existe la sentencia 31484 del 17 de Marzo de 2009 en la que se manifestó, estaba vigente el anterior código de procedimiento civil, en la que se manifestó "aunque a raíz de la reforma introducida en el ordinal 2 del artículo 77 del Código de Procedimiento Civil por el artículo 23 de la ley 794 de 2003 para la apreciación de los documentos declarativos emanados de terceros ya no se requiere ratificación de su contenido mediante las formalidades establecidas para la prueba de testigos y su apreciación se debe hacer en la misma forma que los testimonios como lo exigía la anterior norma, sino que simplemente se apreciaría por el juez sin necesidad de ratificar su contenido salvo que la parte contraria solicite su ratificación tal como lo prevé el actual texto legal y ya lo había previsto ordinal 2 del artículo 22 del decreto 2561 del 1991 y numeral 2 del artículo 10 de la ley 446 de 1998."

Entonces en ese sentido las pruebas allegadas dan cuenta de la dependencia económica que tenía la demandante y las razones también por la que la señora BLANCA HUERTAS nunca pudo laborar pues como se ratifica en la historia laboral, refiriendo igualmente también se evidencia que la poca actividad laboral del padre se evidencia igualmente en su historia laboral, solamente lleva 400 semanas, lo que es evidente que es una persona que no tiene trabajos estables, es una persona que no podía solventar ni pagar las obligaciones que devienen de una niña y la situación particular, una persona ya adulta pero en la condición de discapacidad tan alta, entonces era evidente a todas luces que no había ninguna persona que solventara, nadie más que su abuelo que si contaba con una pensión y que se encargó tal como se refieren las pruebas testimoniales y el interrogatorio de parte, que se encargó del cuidado de la menor y que cumplió con todas esas obligaciones que tenia de hogar para con su hija y su nieta, las obligaciones de las cuales había relevado al padre, razón por la cual no se puede entender que por el solo hecho que los padres aun existan y ella no sea huérfana se deba entender que no existen los criterios y que no se pueden dar los criterios porque estaríamos hablando de una desigualdad frente a una persona huérfana que según como lo mira hoy el juez y la parte demandante estarían en mejores condiciones frente a la interpretación que le da el juez a las decisiones de la corte suprema y la corte constitucional al respecto en este caso particular, pues es evidente que la intención que se dan en esas interpretaciones de la Corte Constitucional y la Corte Suprema es que exista un núcleo familiar y que se den por ejemplo en el caso de hijos de crianza que se acredite esa unión de familia y de hogar y que así mismo se dé la particularidad de la dependencia económica como se encuentra probado en este proceso y máxime si se revisa juiciosamente las historias laborales que se evidencia que son personas que ni si quiera han podido causar derechos pensionales de vejez o puedan llegar por ejemplo al día de hoy seguir laborando para garantizarle a su menor hija en condición de discapacidad una pensión posiblemente de sobreviviente porque son personas que evidentemente no cuentan con los recurso ni las condiciones para poder dejar a su hija entonces estaríamos en una condición de discriminación respecto de la interpretación que le da la corte constitucional y si es claro que había una dependencia económica, probado por el interrogatorio de parte, y por los documentos que en este caso considera la suscrita que se deben avalar como pruebas testimoniales de las cuales no fueron ni tachadas de falsas ni pedida su ratificación y tienen pleno valor probatorio que se incorpora en este proceso para que también el honorable tribunal verifique el asunto particular y emita la decisión revocando como lo pretende este extremo.

Debo igualmente y a pesar que el juez le dio aplicación a la interpretación o los beneficiarios que ha dado la Corte Suprema frente a que no son solamente los que marca la norma como lo preténdete la parte demandada si no que por vía jurisprudencial se ha extendido esos beneficiaros como sabiamente lo dijo el juez de instancia, no obstante, es necesario hacer relevancia sobre lo que manifiesta la corte porque la corte lo que manifiesta y ello en la sentencia SL 1939 de 2020 Magistrado Gerardo Zuluaga indica "El mandato

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 las pretensiones relacionadas

---

constitucional es una protección integral con el fin de garantizar su existencia y pleno desarrollo para lo cual la jurisprudencia nacional ha ido ampliando el alcance de sus derechos que particularmente haciendo énfasis en la familia de crianza aquella que se origina en lazos de afecto y solidaridad sin que necesariamente provenga la consanguinidad o la adopción, sino una relación de facto en sus nuevos miembros, ha extendido la cobertura de protección jurídica para garantizar la igualdad con los hijos de las demás formas de esta institución" En esta sentencia lo que considera la suscrita es que no se evalúa si hay o existe los padres porque pueden existir situaciones particulares como el abandono pero en esta situación particular a pesar que los padres están, son padres que nunca han propendido o nunca cumplieron con la obligación i) porque no estaban en las condiciones, porque su hija devengaba (sic) cuidarla permanentemente y la imposibilitaron y la otra ii) porque sus obligaciones de padre o bien por no cumplir con esas obligaciones de padre que dispone la ley y bien porque tampoco ha tenido las capacidades económicas para cumplir, el hecho que la señora BLANCA no haya incoado las acciones legales en contra del señor no es un indicio de que esa situación particular pudo haber hecho porque bien hubiera podido incoar una acción legal contra una persona que no tenía capacidad económica de solventar la situación particular de la menor y tampoco puede inferirse que esa situación particular no hubiere generado o no se hubiere tenido que efectuar esas acciones legales porque más bien como se encuentra probado era el padre de la señora BLANCA y abuelo de demandante en este proceso quien propendía y nunca requirió acciones legales porque ya las tenía solventadas con el abuelo por las mismas manifestaciones que dicen los testigos y las mismas declaraciones de la demandante ello igualmente como la corte constitucional así lo ha manifestado sobre ese núcleo familiar para lo cual en ninguna de estas sentencias está interpretado sobre que de estar huérfana para que pueda proceder este derecho entonces en estas particularidades igualmente la corte constitucional indico que frente al tema de reconocimiento de la pensión de sobreviviente se debe tener en cuenta en primer lugar buscar la eficacia de los derechos fundamentales de respecto de que va a encontrarse en una situación originada en el no reconocimiento de sus derechos pensionales cuya procedencia está acreditada y no ha visto atendida su solicitud de acuerdo a la normativa aplicable y a las condiciones fácticas en las que apoya su petición y en segundo lugar ese requisito traza un claro limite a la actuación, en este caso cuando la corte constitucional lo hace mediante estudio de juez de tutela quien solo puede acudir a esta situación excepcional en los casos de los cuales está demostrado la procedencia del reconocimiento.

Igualmente, lo que sí es claro argumentando en estas interpretaciones que hace la corte constitucional "la prestación económica que procede al trabajador pensionado o fallecido constituye su sustento económico de su grupo familiar dependiente y los beneficiaros de la atención carecen después de la muerte del trabajador o pensionado de otros medios para garantizar su subsistencia por lo cual quedan expuestos a un perjuicio irremediable derivada de su afectación al derecho fundamental al mínimo vital, caso particular al caso que hoy nos ocupa como plenamente se encuentra demostrado que en la historia laboral que aporta la demandada se ve que los padres no cuentan con un vínculo laboral vigente y que de hecho cuando fallece el señor padre pues toda la vida dependió económicamente la menor de su señor abuelo, también el desarrollo jurisprudencial así como se ha establecido se habla como se dijo inicialmente La Corte de las características conformadas a partir de la convivencia en virtud de los lazos de afecto, solidaridad y respeto, protección y asistencia por los cuales pueden identificarse como padres a los curadores que ejercen esa autoridad parental, encuentra la sala que la ley 100 establece que los beneficiarios de la pensión de sobreviviente son los conyugues o compañeros permanentes, hijos, padres o hermanos del causante y que conforme lo explicado comprende las categorías de biológico, adoptivo y de crianza simple o por asunción solidaria de paternidad, en ese sentido es claro que no le asiste razón al juez al negar la pensión de sobreviviente en atención a como ya se dijo que los requisitos es la dependencia económica tal como se encuentra probado igualmente pues revisado todo el material probatorio en conjunto es evidente que la demandante pues depende económicamente y absolutamente de su señor padre, entonces dejo así sustentado mi recurso para que a segunda instancia la revoque y en su lugar conceda la pensión de sobreviviente de la demandante en este proceso incluida la pensión desde el momento que fallece el señor Marco con los retroactivos pensionales y los intereses de mora ello en atención a que ya existe una línea jurisprudencial y que la demandada Colpensiones debe cumplir esa línea jurisprudencial y está obligada a conceder las pensiones conforme a esa línea entonces la negación y relevancia a las decisiones de la corte suprema de justicia y corte constitucional pues genera esos intereses por ya no existir duda sobre cómo se tiene que dar aplicación a las normas y la interpretación que la corte constitucional y la corte suprema hacen de las leyes, dejo así mis alegatos."

en las páginas 1 y 2 *(Archivo 23 expediente digital escrito de subsanación)*, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados en las páginas 2 a 5 *(ibídem)*, aspirando de manera principal se declare que el señor Marco Emilio Huertas Garzón (Q.E.P.D.) en vida adquirió el status de pensionado con Colpensiones y a EDNA BRIGITT ARANA HUERTAS como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en calidad de hija de crianza de Marco Emilio Huertas Garzón (q.e.d.p.d) dada su dependencia económica, en consecuencia se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión desde el 16 de noviembre del año 2016, junto con los intereses moratorios o en subsidio la indexación de las sumas adeudadas, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia desfavorable** a sus aspiraciones por cuanto se absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra, tras considerar que con las pruebas arrimadas al proceso no se acreditaron los requisitos para otorgar la pensión de sobrevivientes a un hijo de crianza, en especial la dependencia económica de EDNA BRIGITT ARANA HUERTAS frente a su abuelo (Q.E.P.D.).

Pues bien, no es motivo de controversia en esta instancia que el deceso del causante señor MARCO EMILIO HUERTAS GARZON, acaeció el 16 de noviembre del 2016 conforme al registro civil de defunción *(Archivo 27 expediente digital "anexo 2" página 6)*, que la joven EDNA BRIGITT ARANA HUERTAS ostentaba la calidad de NIETA del causante, circunstancia que además con su registro civil y el de su progenitora Blanca Lucia Huertas Salazar *(Archivo 27 expediente digital "anexo 2" páginas 1 a 5)*.

Tampoco es objeto de discusión que MARCO EMILIO HUERTAS GARZON, ostentaba la calidad de pensionado, tal como se señala por COLPENSIONES en la Resolución SUB 119412 del 1° de junio del 2020, en donde indica "*Que mediante resolución No. 01205 del 17 de marzo de 1989, el SEGURO SOCIAL reconoce el pago de una pensión de vejez, con base liquidación en 802 semanas cotizadas, a partir del 01 de febrero de 1989 y en cuantía inicial de $32.560.00 a favor del señor HUERTAS GARZON MARCOL EMILIO…" (Archivo 6 expediente digital "anexos 4")*.

Así pues, inicialmente ha de señalarse, por haber fallecido el causante el 16 de noviembre del 2016, el asunto debe estudiarse bajo los lineamientos de la Ley 797

de 2003, el cual en su artículo 13, que modificó el artículo 47[2] de la Ley 100 de 1993, establece como beneficiarios a los siguientes:

1) La cónyuge o compañera permanente.

2) Los hijos del causante menores de 18 años, mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte.

3) Los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993.

---

[2] ***ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.*** *<Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> 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.

<Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;

c) <Apartes tachados INEXEQUIBLES> Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes ***y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno****; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante,* ***esto es, que no tienen ingresos adicionales****, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;*

d) <Aparte tachado INEXEQUIBLE> A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente ***de forma total y absoluta*** *de este;*

e) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste."

4) A falta de hijos y/o cónyuge o compañera permanente, los padres que dependan económicamente del causante.

5) A falta de otros beneficiarios, los hermanos inválidos[3] que fueran dependientes económicos del causante.

En ese orden, advierte la Sala, es claro que, en los términos de la norma citada, los NIETOS del causante están excluidos como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. No obstante, lo anterior, la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia, como de la Corte Constitucional, a partir de una definición más amplia del concepto de familia y atendiendo a la naturaleza de esta prestación, ha avalado la posibilidad de reconocer la pensión de sobrevivientes a quienes, pese a no estar incluidos expresamente como beneficiarios en la disposición referida, pueden llegar a recibir la pensión de sobrevivientes. Ello, atendiendo a circunstancias fácticas y principios jurídicos superiores que impiden la aplicación automática de estos preceptos, pues no puede olvidarse que la seguridad social propende por proteger a las personas que, ante una contingencia como la muerte, se ven afectados directamente, particularmente quienes conforman el núcleo familiar, entendido este más con un criterio natural y socio económico, que puramente legal[4].

Y es que no debe olvidarse que la finalidad de esta pensión es procurar la protección de la familia y la compensación mínima ante la pérdida de un ser querido[5], menguando las consecuencias económicas que se generaran en el núcleo familiar por la intempestiva muerte de un afiliado o pensionado, con el fin de evitar un cambio sustancial en las condiciones de subsistencia de aquellos que dependían del causante[6].

Entratándose particularmente de los hijos como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, que es el tema que para el caso de marras interesa, la jurisprudencia ha hecho una distinción entre los tipos de familia que existen en el ordenamiento jurídico, para indicar su consistencia en la protección de la unidad e

[3] La Corte Constitucional mediante sentencia C-034 de 2020 declaró la exequibilidad del literal e) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, bajo el entendido que también incluye como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes a los hermanos menores de edad que dependían económicamente del afiliado o pensionado fallecido, a falta de madre y padre. (Comunicado N° 05 de febrero 5 y 6 de 2020)
[4] Sobre el punto, la Corte Suprema de Justicia se refirió en sentencia de 6 de mayo de 2002, rad. 17607.
[5] SCL CSJ SL065 de 2020. M.P. Gerardo Botero.
[6] SCL CSJ SL5605 de 2019. M.P. Fernando Castillo Cadena.

integridad del núcleo familiar que surge de diferentes vínculos, sean estos: naturales, jurídicos, de hecho, o de **crianza**.

Frente a estos últimos, y en lo atinente a su protección en el marco de las prestaciones propias del sistema de seguridad social, especialmente la pensión de sobrevivientes, esta también se proyecta respecto de aquellas familias conformadas por madres, padres e hijos de crianza, reconociendo y protegiendo los lazos formados dentro de la familia.

Ahora, aunque conceptualmente, en aquellos casos en que no existe un reemplazo de los vínculos con los ascendientes de un menor, sino que una persona de la familia asume las responsabilidades económicas, actuando en virtud del principio de solidaridad, no se trata propiamente de una familia de crianza, ello no es óbice para excluirlos de la protección que brinda el sistema, por lo que jurisprudencialmente se ha entendido que "*si bien no existe una sustitución total de la figura paterna/materna, la persona que asume como propias las obligaciones que corresponden a los padres de los menores de edad actúa según el principio de solidaridad, convirtiéndose en un co-padre de crianza por asunción solidaria de la paternidad del menor*" [7] proyectando la protección a la denominada "*familia*

[7] C.C. Sentencia T-074 de 2016.

"*En los casos en que no existe un reemplazo de los vínculos con los ascendientes de un menor, sino que una persona de la familia asume las responsabilidades económicas actuando en virtud del principio de solidaridad, y las relaciones materiales, en principio, no nos encontraríamos frente a la figura de familia de crianza como se ha reconocido tradicionalmente en la jurisprudencia.*

No obstante, ello no impide que se protejan los derechos fundamentales de un menor de edad, que adicionalmente se halla en situación de discapacidad. Igualmente, encuentra la Sala que los jueces constitucionales no pueden ser ajenos a la realidad social, y que en casos como el que es objeto de estudio se generan vínculos de afecto, respecto, solidaridad y apoyo que se traduce en supervivencia y guarda de la dignidad, que también reclaman reconocimiento y protección. Entonces, se debe realizar una interpretación conforme de la Constitución, de la expresión hijos, contenida en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, específicamente de acuerdo con el valor constitucional de la solidaridad.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional reconoce que si bien no existe una sustitución total de la figura paterna/materna, la persona que asume como propias las obligaciones que corresponden a los padres de los menores de edad actúa según el principio de solidaridad, convirtiéndose en un co-padre de crianza por asunción solidaria de la paternidad del menor.

Esta figura lo que busca es reconocer y brindar protección a los lazos formados dentro de la familia, y comprende a los hijos de crianza que conviven y/o teniendo una relación estable con sus padres biológicos, otra persona de la familia asume las obligaciones que corresponden a estos últimos, en virtud del principio de solidaridad, y con quien el menor de edad genera estrechos lazos de afecto, respecto, protección, asistencia y ayuda para superar las carencias de sostenibilidad vital.

Así las cosas, se concluye que la protección constitucional de la familia se proyecta de igual forma a la familia ampliada . Igualmente, el juez constitucional, con el fin de proteger la institución de la familia, debe verificar que en cada caso existan efectivamente lazos de afecto, respeto, solidaridad, protección y comprensión, así como la asunción de obligaciones, de manera consistente y periódica, debidamente probada, que corresponden a los padres biológicos, por otra persona de la familia, en virtud del principio de

ampliada" [8]. En ese escenario, dijo la Corte Constitucional "*el reconocimiento y protección de esa relación material que surge dentro de la familia se extiende a todos los ámbitos del derecho, por lo que es claro que los hijos de crianza* ***por asunción solidaria de la paternidad****, son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, al igual que los naturales y adoptados, toda vez que la ley 100 establece como beneficiarios* ***a los hijos del causante"***[9].

Sobre el asunto también se refirió la Sala Laboral del órgano de cierre de esta jurisdicción, desde la sentencia con radicado 17607 del 6 de mayo de 2002, en la que se habilitó la posibilidad que los "*hijastros"* e hijos de crianza accedieran a la pensión de sobrevivientes, siempre que se pruebe la condición filial en términos contundentes, es decir, de forma que quede claro que "*se trata de una situación verdadera y no solo aparente, con carácter de indiscutible permanencia y no el producto de un vínculo fugaz, inestable, coyuntural, oportunista o incluso fraudulento*. *Así, ha de emerger el ánimo inequívoco en el grupo familiar de asumir los respectivos papeles de padres e hijos, en todos los aspectos personales, morales, afectivos, jurídicos y económicos.*" Bajo tal entendido, señala la Sala de Casación Laboral de la Corte, **queda excluida la simple convivencia "*si no concurre con ella una intención seria de considerarse mutuamente en una relación paterno filial***", **debiendo acreditarse en todo caso, de manera**

---

solidaridad. Finalmente, se derivan las mismas consecuencias jurídicas para las familias conformadas por un co-padre de crianza por asunción solidaria de la paternidad, como para las biológicas y las legales, en lo referente a acceso a beneficios prestacionales.

De esta manera, el reconocimiento y protección de esa relación material que surge dentro de la familia, se extiende a todos los ámbitos del derecho, por lo que es claro que los hijos de crianza por asunción solidaria de la paternidad, son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, al igual que los naturales y adoptados, toda vez que la Ley 100 establece como beneficiarios a los hijos del causante.

Este reconocimiento encuentra fundamento en el principio de solidaridad, y en la igualdad, ya que todos los hijos son iguales ante la ley, y gozan de los mismos derechos y merecen una protección similar.

Adicionalmente, la naturaleza y finalidad de la prestación misma permite la creación de esta regla puesto que el objetivo de la pensión de sobrevivientes es amparar a los beneficiarios de un afiliado al Sistema de Seguridad Social en Pensiones al momento de su fallecimiento. Para así obtener una suma económica que les facilite suplir el auxilio material con que les protegía antes de su muerte.

En conclusión, resulta diáfano que en Colombia, como consecuencia de la evolución de las relaciones humanas, y de la aplicación del principio de solidaridad, existen diferentes tipos de familia. Entonces, el derecho debe ajustarse a las realidades sociales, de manera tal que reconozca y brinde la protección necesaria a las relaciones familiares, donde las personas no están unidas única y exclusivamente por vínculos jurídicos o naturales, sino en virtud de los lazos de afecto, solidaridad, respeto, protección y asistencia.

De esta manera, la expresión "hijos", contenida en el literal b del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 debe entenderse en sentido amplio; es decir, incluye como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes los hijos naturales, adoptivos, de simple crianza y de crianza, por asunción solidaria de la paternidad."

[8] C.C. Sentencia T-074 de 2016.

[9] Ibíd.

fehaciente, la dependencia económica respecto del causante, pues en ultimas es ella la que genera la necesidad del cobijo de la seguridad social.

Para esa Corporación es claro que, entender que cuando la ley se refiere a los hijos como beneficiarios, alude exclusivamente a los engendrados o concebidos por el causante y a los adoptados con los requisitos de Ley, resulta una interpretación "*demasiado restrictiva para la seguridad social, cuyo objetivo y filosofía está en proteger a las personas frente a las contingencias que afecten su calidad de vida y las puedan colocar en situación indigna".* Además, desde el punto de vista sociológico la familia puede estar o no integrada por hijos carnales, *"de modo que si llegasen estos a faltar sufrirían los efectos del desamparo dada su dependencia emocional y económica"*[10]

En los términos de la jurisprudencia traída a colación, habrá de enmarcarse en el concepto de hijos del causante a los que se refiere el literal c) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, no solo aquellos engendrados o adoptivos, sino también a aquellos cuyo vínculo filial se desprenda de la realidad, de la forma en que ocurra la misma, ampliando de esta forma la definición legal existente, máxime que en autos existe un vínculo de consanguinidad con la causante.

Descendiendo al caso de autos, alega la parte actora tanto en la demanda como en la apelación, aunque es nieta del señor MARCO EMILIO HUERTAS GARZÓN (Q.E.P.D), fue este quien ejerció su cuidado personal, siempre vivió con ella y dependió económicamente de este, además de haber sido quien brindo todo el apoyo y sufragó todos sus gastos personales, situación que considera la hace acreedora de la prestación por el fallecimiento de su abuelo.

De conformidad con lo anterior, habrá de determinarse si la demandante que se encuentra representada en este litigio por su madre, nieta del causante, era hija de

---

[10] *"No tendría, entonces, sentido que la ley de seguridad social excluyera de su ámbito de protección por razones estrictamente formales a sujetos que en modo ostensible la requieren y la merecen, máxime si se trata de menores e inválidos, a quienes el Estado quiere esmerarse en resguardar, conforme se deriva de los artículos 13, inciso 3, 44, 45 y 47 de la Constitución.*

Ahora bien, en lo rigurosamente textual, la Ley 100 de 1993, y particularmente su artículo 47, no define el concepto de hijo como el engendrado o concebido por el padre o la madre o el adoptado formalmente, de modo que corresponde entender, en concordancia con el artículo 46 ibídem y con los principios de la seguridad social contemplados en el artículo 48 de la Constitución y 9 de la ley, entre otras disposiciones, que comprende a quien como tal integre el grupo familiar por adopción o prohijamiento, no solo en sentido estricto o judicial sino también en la realidad."(SCL CSJL, sentencia 6 de mayo de 2002, radicado 17607)

crianza del mismo ***por asunción solidaria de la paternidad***, y si efectivamente nos encontramos ante una relación de familia existente entre el señor Marco Emilio Huertas Garzón (q.e.p.d) y Edna Brigitt Arana Huertas, quien además fue calificada con una pérdida de capacidad laboral de 70%, con fecha de estructuración el 17 de agosto de 1990, esto es, desde la fecha de su nacimiento (*ver Formulario de Calificación de la pérdida de capacidad laboral y ocupacional emitido por Colpensiones Archivo 4 expediente digital "Anexos 2" páginas 11 a 14*).

Precisándose, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en casos como el presente ha señalado cuales son los requisitos a tener en cuenta para este tipo de pensiones así -SL3312-2020 Radicación No. 52742 del 5 de agosto de 2020-:

> ***i. Determinación de la calidad de hijo para la protección de la relación de crianza en el sistema de seguridad social- pensiones-***
>
> *Tal como se anticipó, el establecimiento del vínculo paterno filial de una persona tiene protección constitucional y dentro de su desarrollo jurisprudencial*[11] *se han estatuidos unas características mínimas para su procedencia, y esta Sala en la referida sentencia CSJ SL1939-2020, recordó que dicha vinculación debe* ***ser contundente*** *para merecer la protección dentro del sistema pensional, fijando para tal efecto los aspectos necesarios a demostrar.*
>
> *La providencia señala:*
>
> > Y para ello, así como en la sentencia con radicación 17607 del 6 de mayo de 2002, la Sala precisó que esa relación paterno-filial debe ser contundente para merecer la protección de la seguridad social, de forma tal que no sea el producto de un fraude o un aprovechamiento ilegítimo de quien reclama, en esta ocasión es necesario reiterar, que para establecer esa calidad, se requiere demostrar: **i)** el reemplazo de la familia de origen, esto es, la relación de facto que se genera con otra persona por fuera del vínculo consanguíneo o civil, incluso, puede ser un pariente o familiar que asumió ese rol; **ii)** los vínculos de afecto, protección, comprensión y protección, que se asimilan a las obligaciones previstas en el artículo 39 de la Ley 1098 de 2006 – CIA- que permiten distinguir la interacción familiar entre sus miembros; **iii)** el reconocimiento de la relación de padre y/o madre e hijo, en el sentido que no sólo basta el desarrollo de las manifestaciones de protección integral a quien se sumó al nuevo núcleo familiar, pues puede darse el caso que a pesar de que quien fue acogido en dicho entorno, no necesariamente vea a sus protectores como padres, por lo que se requiere que ante la sociedad, incluso en el ámbito familiar, se pueda exhibir esa condición; **iv)** el carácter de indiscutible permanencia, que no significa establecer un límite de tiempo específico y arbitrario de verificación de esos lazos afectivos, sino como lo ha explicado la jurisprudencia constitucional, un término razonable en el cual se pueda identificar el surgimiento de la familia de crianza y su desarrollo, al punto de que verdaderamente se hayan forjado los vínculos afectivos, y; **v)** la dependencia económica, como requisito esencial no sólo para acceder a la prestación pensional de sobrevivientes, sino como elemento indispensable de identificación de quien se exhibe como padre o madre y su relación con un hijo, a efectos de proporcionarle a éste último la calidad de vida esencial para el desarrollo integral, que al desaparecer la persona que hacía posible ese cometido de la paternidad responsable, el beneficiario se ve afectado.

[11] *CC T 705 -2016*

> *Con sustento en lo expuesto es claro que hay elementos objetivos que permiten determinar la existencia de una relación parental de crianza, cuya evidencia dependerá en cada caso concreto de los soportes probatorios que se alleguen y que, analizados en conjunto, facilitarán inferir si en efecto aquella se tipifica.*
>
> ***Así las cosas, es dable la protección de la relación parental de crianza, eso sí, siempre y cuando se demuestre sin dubitación alguna, la verdadera vocación de familia nuclear, por el prohijamiento con actos positivos y en el largo plazo de la persona a proteger, en virtud del convencimiento social de la condición de hijo.***
>
> *Por último, no se puede pasar por alto que no puede haber un manejo pendular del establecimiento de la condición de hijo de crianza, esto es, pretenderse la creación de un nuevo vínculo de tal naturaleza, o retornando a la situación filial consanguínea que precisamente queda desplazada por el verdadero vínculo filial, en este caso el de crianza."*

Pues bien, revisado el elenco probatorio, encuentra la Sala, se aportaron a los autos únicamente DECLARACIONES CON FINES EXTRAPROCESALES rendidas el 24 de noviembre del 2016 por: MARINELLA MORENO PATIÑO, BETULIA RIVERA ROJAS, MARIA VITELMINA GARZON RUIZ, YOLANDA BAUTISTA MENDOZA, y también la rendida por la propia demandante *(Archivo 27 expediente digital "Anexo 2" páginas 10 a 12)* en las que se señalaron al unísono:

SEGUNDO : DECLARAMOS BAJO GRAVEDAD DE JURAMENTO lo siguiente :

Que conocemos de vista, trato y comunicación, desde hace más de 22 y 23 años respectivamente a la señorita **EDNA BRIYITT ARANA HUERTAS** identificada con C.C. No.1.030.692.063 de Bogotá, por lo que sabemos y nos consta que su estado civil es Soltera sin hijos, no comparte vida marital con nadie, no trabaja ni ha trabajado en ninguna Entidad del Estado ni Privada, **(persona con discapacidad Autismo Severo),**por tal razón convivía y dependía económicamente y en todo sentido de su abuelo materno de nombre **MARCO EMILIO HUERTAS GARZON (q.e.p.d.)**, quien vida se identificaba con C.C. No.1.063.663 de Guateque falleció el 16 de Noviembre de 2016 en Bogotá ----------

También obran las declaraciones extra proceso del 4 y 7 de julio del 2020 de YOLANDA BAUTISTA MENDOZA, LORENA HENAO BAUTISTA y RUTH ESPERANZA HUERTAS BUSTOS (*Archivo 25 expediente digital "anexo" páginas 8, 9 y 12)* donde manifestaron:

TERCERO.- Declaro que el señor **MARCO EMILIO HUERTAS GARZON (q.e.p.d)**, y su hija **BLANCA LUCIA HUERTAS SALAZAR**, compartieron techo y mesa junto con su nieta **EDNA BRIGITT ARANA HUERTAS** mayor de edad, identificada con C.C No 1.030.692.063 de Bogotá (quien padece de Autismo) en la Calle 48 B No 80D 39 sur, barrio Almenar, de la localidad de Kennedy en la ciudad de Bogota, hasta el 26 de Noviembre de 2016, dia de su fallecimiento, quienes dependian de él economicamente y en todo sentido, para los gastos de alojamiento, alimentación, salud, recreación, educacion y demas ----------

CUARTO: Igualmente declaro que desconozco que el señor **MARCO EMILIO HUERTAS GARZON (q.e.p.d.)**, haya tenido hijos adoptivos, por reconocer, y no hay persona alguna con igual o mayor derecho a cualquier reclamación, que el que les corresponde a sus legítimos hijos antes mencionados. ----------

Así mismo se recepcionó el interrogatorio de parte de la señora BLANCA LUCIA HUERTAS *(Audio archivo 51 expediente digital, record: 11:40)* quien refirió que su hija EDNA BRIGITT ARANA HUERTAS se encuentra en discapacidad pues padece de autismo desde el nacimiento, refiriendo que su padre y el abuelo de su hija fue quien siempre le colaboro con la manutención y vivienda como del cuidado de la misma, refiriendo haber vivido con su hija en la casa del causante pues el padre de EDNA BRIGITT ARANA nunca se hizo cargo de la misma y por ende el cuidado de ella la ha impedido trabajar.

Así las cosas, de lo hasta aquí expuesto, se advierte una vez valoradas las pruebas obrantes en el expediente, 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, para esta Sala de decisión es claro que dentro de la Litis no se acredita que esa relación paterno-filial entre el causante y la parte actora haya sido contundente en tanto brillan por su ausencia elementos concluyentes que permiten establecer si efectivamente se consolidó el lazo de crianza pretendido.

Nótese como de las declaraciones extra proceso citadas si bien señalan que EDNA BRIGITT ARANA HUERTAS dependía de su abuelo lo cierto es que las declarantes NO exponen las circunstancias de tiempo modo y lugar que permitan inferir su conocimiento directo de los hechos, la fuente y por ende su relación con las personas allí mencionadas, constituyéndose medianamente, en un indicio que debe ser valorado en conjunto con el restante acervo probatorio recaudado, pues, por sí solas no constituyen prueba de los supuestos aducidos en el libelo.

Y en cuanto a lo señalado por la madre de EDNA BRIGTT ARANA HUERTAS en su interrogatorio de parte, debe anotarse dentro del expediente no hay elementos de convicción que den soporte a sus manifestaciones, no siendo posible tener en cuenta únicamente sus aseveraciones ante la imposibilidad de fabricar su propia prueba, de allí que no sea posible establecer, los vínculos de afecto, protección y comprensión entre el causante y su nieta.

En este orden de ideas, fue precaria dentro del plenario la prueba en orden a establecer que se constituyó entre el cujus y su nieta una verdadera unión familiar y que éste fungió como un verdadero padre, esto es, no se demostró el apoyo del causante en todos los aspectos de la vida de EDNA BRIGITT ARANA HUERTAS y

mucho menos el requisito de la dependencia económica "*como elemento indispensable de identificación de quien se exhibe como padre o madre y su relación con un hijo, a efectos de proporcionarle a éste último la calidad de vida esencial para el desarrollo integral, que al desaparecer la persona que hacía posible ese cometido de la paternidad responsable, el beneficiario se ve afectado"* (SL 1939-2020).

De esta manera, lo único que puede concluirse dentro del presente litigio, es que la posible colaboración que le fue brindada por el causante a su nieta correspondía a una regular y simple ayuda como familiar de aquella, sin que se pueda entender que la misma era determinante para el sostenimiento de la demandante, pues como ya se dijo hay ausencia de pruebas que demuestren lo contrario, se itera de las declaraciones extra proceso nada se puede extraer de la forma en que se dio tal manifestación de protección familiar del abuelo hacia su nieta ni el termino durante el cual se dio tal vinculo de crianza.

Así las cosas, esta Sala de decisión considera conforme al debate jurídico llevado a cabo en estas diligencias, la ayuda económica del de cujus hacia su nieta no quedó demostrada, como tampoco esa relación de crianza paterno-filial **contundente** para ser acreedora del derecho pensional.

Por todo lo anterior, se concluye la orfandad probatoria por parte de la promotora del litigio dirigida acreditar los requisitos para la determinación de la calidad de hijo de crianza, no encontrándose demostrado por tanto el supuesto de hecho sobre el cual se funda 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 tiene interés jurídico en que resulten probadas sus afirmaciones es EDNA BRIGITT ARANA HUERTAS, 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 acreditaron los requisitos exigidos por la normatividad aplicable y en ese orden habiéndose arribado las mismas conclusiones del Juez *a quo* lo que se sigue es la confirmación de la sentencia apelada.

COSTAS en esta instancia a cargo del extremo 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 y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



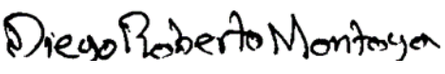
ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA



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 $700.000, 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 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. 16 2014 00639 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiendo guardado silencio 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 13 numeral primero de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022.

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 Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 30 de abril de 2021 (Cd fl. 1859), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR*** *que fueron infundadas las glosas impuestas por la parte demandada frente a los catorce recobros objeto de litigio presentados por la entidad promotora de salud EPS SANITAS y que corresponden a los siguientes números de radicado FOSYGA y con su respectiva fecha de radicación de factura:*
>
> *-51493653 del 03 de abril de 2012*
>
> *-51493737 del 23 de abril de 2012*
>
> *-51493738 del 19 de abril de 2012*
>
> *-51493744 del 02 de abril de 2012*
>
> *-51493769 del 23 de abril de 2012*
>
> *-51454868 del 27 de abril de 2012*

-51454908 del 11 de abril de 2012

-51542693 del 29 de diciembre de 2011

-51596821 del 09 de abril de 2012

-51597053 del 23 de mayo de 2012

-51597054 del 15 de mayo de 2012

-51597254 del 18 de mayo de 2012

-51597256 del 18 de mayo de 2012

-51597257 del 18 de mayo de 2012

***SEGUNDO: SE CONDENA** a la Administradora de los recursos general de seguridad social en salud ADRES a pagar en favor de la entidad promotora de salud EPS SANITAS S.A el valor de $97 907 766 pesos M/cte por concepto de los catorce recobros reclamados, referenciados en el numeral primero que antecede*

***TERCERO: CONDENAR** a la Administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud ADRES a pagar a favor de la entidad promotora de salud EPS SANITAS S.A , conforme al artículo 56 de la ley 1438 del 2011, valga decir a la tasa establecida para los impuestos administrador para la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, esto es el interes señalado por la Superintendencia Financiera para las modalidades de crédito de consumo, causados a partir de los dos meses de la radicación de la factura sobre el valor de los catorce recobros de que se trata esta sentencia y hasta el momento en que se produzcan su pago definitivo.*

***CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones que fueron propuestas por extremo demandado*

***QUINTO: ABOSLVER** a la demandada de las pretensiones que no fueron acogidas expresamente en esta sentencia*

***SEXTO: CONDENAR en COSTAS** de la instancia a la parte demandada, practíquese la liquidación por secretaria, incluyendo el monto de $10 000 000 de pesos m/cte como valor de las agencias en derecho.*

Los apoderados de las partes solicitaron aclaración de la sentencia, que el juzgado concretó así:

Bueno, efectivamente se observa que en la audiencia llevada a cabo el 14 de noviembre de 2019 se presentó el desistimiento parcial del recobro 51597053, que el mismo entonces según se determinó habría que seguir por el monto de $2'247.567 pesos para un total de $88.203.000 pesos como lo precisa la parte demandada en concordancia con esto con la parte demandante, ambas, sobre ese valor que es el actualmente glosado, pues el juzgado corrige entonces la sentencia en los puntos que se acaba de mencionar, respecto del recobro No. 51597053 el valor corresponde a de $2'247.567 y que la condena total por

capital de los recobros es de $88 203 000 pesos, se corrige entonces así la sentencia en su parte resolutiva."

Inconforme con la decisión los apoderados de ambas partes interpusieron recurso de apelación.

Inicialmente la apoderada de la parte actora EPS SANITAS, interpuso recurso de apelación exclusivamente en relación con la absolución que hizo el despacho frente a los gastos administrativos. Refirió, si bien no existe una norma que ordene su reconocimiento, se debe tener en cuenta que en el reconocimiento de la UPC que hace la ADRES, si bien se calcula un costo de gastos administrativos, el mismo se refiere a la gestión de los servicios incluidos en el plan de beneficios en salud, para gestionar la prestación como el recobro y obtención del pago de los servicios no contemplados en el plan de beneficios en salud; son los gastos en los que tiene que incurrir la eps dentro de la UPC. Reparó que no se aporta prueba que acredite el valor de esos gastos, debido a la dificultad administrativa que ello implica y por ello sugiere la aplicación analógica de normas en materia de riesgos laborales en donde se reconocen unos gastos administrativos por la gestión (Cd. fl 1859, record: 56:52)[1]

[1] ***Apoderada SANITAS (Record: 56:52):*** *Además de dicha aclaración su señoría dentro de la oportunidad que me otorga igualmente me permito presentar recurso de apelación por parte de EPS Sanitas, exclusivamente en lo que concierne al numeral quinto del fallo, en el punto de la negación que hace el despacho respecto de los gastos administrativos y este recurso lo presento bajo el sustento de si bien no existe una norma que puntualmente indique el reconocimiento de estos gastos, se debe tener en cuenta que en el reconocimiento que hace la Adres de la UPC, si bien se calcula un costo de gastos administrativos, pues este costo se refiere a la gestión de los servicios incluidos en el plan de beneficios en salud, evidentemente para gestionar la prestación como el recobro y obtención del pago de los servicios no contemplados en el plan de beneficios en salud como quedo contemplado en la presente demanda, son los que se reclaman, pues no se encuentran calculado el rubro de estos gastos en los que tiene que incurrir eps sanitas dentro de la UPC, luego es un gasto adicional que no está obligada a presentar mi representada, si bien no se aportó una prueba que acredite exactamente el costo de esos gastos, esto ocurre toda vez que esta es una prueba que reviste una especial dificultad ya que en el desarrollo administrativo de una compañía como lo es EPS Sanitas que tiene millones de afiliados y presencia en todo el territorio nacional, calcular exclusivamente el gasto que se genera administrativamente respecto de la prestación de catorce facturas reviste una especial complejidad a nivel probatorio razón por la cual nos encontramos en la imposibilidad de presentar prueba al respecto y por eso sugerimos analógicamente la aplicación de las normas en materia de servicios que corresponden a los riesgos laborales en donde se reconocen unos gastos administrativos en razón en la gestión que debe adelantar la EPS. En este punto entonces consideramos que debe hacerse un análisis entorno a este gasto que debe incurrir la EPS para hacer esta gestión y en tal sentido solicito al tribunal se evalué y de considerarlo pertinente se revoque la decisión emitida en primera instancia, exclusivamente en lo que concierne al numeral quinto en cuanto a los referidos gastos administrativos, en esos términos señor juez termina mi intervención, muchas gracias.*

Por su parte, el apoderado de ADRES argumentó que los catorce recobros que continúan en litigio no cumplen con lo dispuesto en el literal c del artículo 617 del estatuto tributario y se le dio la oportunidad a la parte demandante para que fueran subsanados y no lo hizo en su momento; si bien es cierto la prestación de los servicios data de los años 2011 y 2012, su radicación fue entre los años 2012 y 2014, por lo que no solo es de aplicación la resolución 3099 de 2008, sino también la 5395 de 2013 que se encontraba vigente para la fecha de su radicación ante el auditor.

Refirió, la imposición de glosas no es capricho de la administración, pues la resolución 3099 de 2008 establece los requisitos generales para la presentación de solicitudes de recobro, las cuales tienen como finalidad garantizar los recursos de la salud. En relación con la prescripción solicitó se tenga en cuenta una decisión de este Tribunal donde se hizo un análisis relativo a que el término de prescripción se debe contar a partir del momento en que se radicaron los recobros ante el ente auditor.

Frente a los intereses moratorios, afirmó, lo dispuesto en el artículo cuarto del Decreto 281 de 2002, no tiene nada que ver con la auditoría de los recobros, aspecto que ya ha sido analizado por la Superintendencia de Salud; pidió tener en cuenta que las disposiciones sancionatorias son de aplicación restrictiva y por ello no admiten aplicación analógica respecto a casos no contemplados en ellas, por lo que a su juicio lo procedente es la indexación. Finalmente manifestó su inconformidad frente a la condena en costas a cargo de su representada. (Cd. fl 1859, record: 1:07:37)[2].

---

[2] ***Apoderado ARES (Record 1:07:37):*** *Apoderado parte demandada (1:07:37): muchas gracias su señoría, conforme a lo establecido al artículo 66 del CPT y los concordantes del CGP me propongo respetuosamente impuganr el fallo proferido por su señoría por las siguientes razones:*

En el proceso en curso y en el desarrollo del mismo se omitió por parte de este despacho los argumentos expuestos por mi representada, más teniendo en cuenta que conforme a los medios de prueba aportados se venció algunos de los requisitos previstos por la ley o el reglamento que da como resultado la aplicación de una glosa, demostrándose de que este modo los recobros objeto de esta Litis desconocen los requisitos previstos para su representación al trámite de autoría, en este sentido su señoría me permito hacer referencia a los catorce recobros que continúan en litigio,

respecto de la glosa impuesta referente al tema de la factura no cumple con literal c del artículo 617 del estatuto tributario, es de precisar en primera medida que si bien es cierto la fecha de prestación

de servicio de estos recobros data de 2011 a 2012, también es cierto como se observó en el apoyo técnico que la radicación de estos fue entre el 2012 y el 2014, de este modo no solo siendo de aplicación la resolución 3099 del 2008 sino la 5355 del 2013, la cual se encontraba vigente para la fecha de radicación de estos recobros ante el ente auditor.

Así mismo es de establecer que no es un capricho de la administración la imposición de glosas administrativas como en este caso la ya señalada, toda vez que esta se evidencia en lo estipulado en el artículo noveno de la resolución 3099 en la que se establecen los requisitos generales por la presentación de las solicitudes de recobro, las cuales tiene como finalidad garantizar y proteger los recursos de la salud conforme los artículos 48 y 49 de la constitución política de Colombia, tan así es el hecho de que estos catorce recobros que continúan en el litigio en el momento que fueron presentados ante el ente auditor para las fechas ya señaladas, no cumplían los requisitos del literal c del artículo 617 del estatuto tributario, tan asi fue que fueron glosados y se le dio la oportunidad a la parte demandante para fueran glosados o subsanados sin en que en su momento lo hicieran, entonces de esta manera con el fin de garantizar no se puede premiar la negligencia de la parte demandante en su momento en la parte administrativa, premiándolos en alguna manera, reconociéndoles de esta manera en aparte judicial, tan así que como no cumplió no solamente con esta normatividad sino que con muchas de las señaladas en su momento y que serán ampliadas en el momento de la imposición de los alegatos ante los honorables magistrados

En segunda medida su señora respecto al tema de la prescripción es de señalar que si bien es cierto se establece una prescripción trienal, hay que tener en cuenta también la sentencia del 18 de junio del 2019 11001310500420150016402 magistrado ponente Rafael moreno Vargas en los procesos similares de pretensiones en las cuales en primera medida se hizo un análisis frente a la prescripción la cual señalo " que la demanda se presentó el 13 de enero del 2015 y que de aplicarse el termino trienal contenido en las normas laborales, teniendo como fecha de exigibilidad la fecha de la prestación del servicio de salud y en ese sentido estimas esta sala que el termino de prescripción debe contarse para efectos de la acción judicial es de tres años " Allí mismo establece que no se puede no es de recibo tener como fecha de devolución el trienal desde el momento de la devolución de los resultados de la glosa y tan así que hace una aclaración y señala " es por ello que no es de recibo lo expuesto por la apoderada de la parte actora en el sentido de contabilizar el término de la prescripción a partir del momento en que se dio contestación al trámite de recobros con la glosas estableciendo en este momento que se debe contar el termino trienal a partir del momento en que se radicaron ante el ente auditor " información que también será ampliada en su momento en los alegatos

Por otro lado respecto al tema de los intereses es de primera medida señalar que como se señaló en los alegatos de conclusión, si bien existe una ley que es el artículo cuarto del decreto 281 del 2002, este en ninguna medida hace referencia especifico al tema de los recobros, tan así que este articulo va delimitado al tema de los rendimientos financieros por cotizaciones o al reintegro de los recursos apropiados o reconocidos sin justa causa, procedimientos, inclusive proceso judiciales que cursan en su mayoría en la jurisdicción contenciosa administrativa y que no tiene nada que ver con el tema de la auditoria de los recobros aquí estipulados, tan así es cierto que esta postura ha sido asumida por la superintendencia de salud en fallos como el J-201502993 en su función de jurisdicción de Fundación hospital san Carlos en contra el ministerio de salud hoy Adres, al igual que en proceso J-2015792 demandante Famisanar Eps demandado ministerio de salud, fosyga hoy adres ante la superintendencia delegada donde procedió a no reconocer los intereses moratorios, adunado a lo anterior y tiene que tenerse en cuenta que finalmente conviene recordar que el principio general de derecho de las disposiciones sancionatorias son de interpretación restrictiva y por ello no admiten aplicación analógica respecto de casos no contemplados en ellas por lo que en consecuencia no resulta procedente aplicarle intereses a fosyga por intermedio de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud incluidos en el pos con cargo a la UPC ,además es preciso señalar que la ley 1955 del 2019 en su artículo 237 parágrafo quinto dispuso " Las decisiones judiciales que ordenen el pago de recobros distintos se indexarán utilizando el Índice de Precios al Consumidor (IPC), sin lugar a intereses de mora " de este modo no es procedente la aceptación de intereses moratorios

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 392 y 393 del expediente, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos en las páginas 394 a 404, solicitando, se declare la existencia de una obligación a pagar por parte del extremo demandado en la suma de $312.704.615 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 36 solicitudes de recobro que contienen 37 ítems. Igualmente, solicita el pago de $31’270.461 por gastos administrativos, equivalente al 10% del valor del recobro total, intereses moratorios a la tasa máxima, pago de costas y agencias en derecho.

Obtuvo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones, pues se condenó al pago de $88’000.203 por concepto de 14 recobros, que fueron autorizados por el comité técnico científico y no estaban incluidos dentro del POS, por considerar que las facturas si cumplen los requisitos formales establecidos en las normas aplicables. Frente a los demás recobros, la sociedad demandante presentó desistimiento que fue aceptado por el juzgado.

Respecto de los gastos administrativos adujo no existe sustento jurídico para este pedimento y la activa no aportó material probatorio sobre su ocurrencia. En cuanto a los intereses moratorios indicó que los mismos proceden conforme al Decreto Ley 1281 del 2002, en este caso a partir del día siguientes del término de los dos meses siguientes a la radicación de la factura y se causarán hasta el pago correspondiente,

---

impuestos a mi representada y de igual manera no son procedentes las condenas subsidiarias como la condena en costas por 10 000 000 de pesos a mi representada. De esta manera su señora y con información que será ampliada más adelante dentro de los alegatos de conclusión presentados al tribunal dejo propuestas mi recurso de apelación ante su señoría, muchas gracias.

a la tasa establecida por la Superintendencia Financiera para los créditos de consumo. Negó la pretensión relativa a la indexación por considerar que los intereses concedidos conllevan ya ese factor de actualización del valor de la moneda. En relación con la excepción de prescripción manifestó que la sociedad demandante recibió el resultado de la auditoría el 5 de septiembre de 2013, fecha a partir de la cual empezó a correr nuevamente el término prescriptivo y como la demanda fue presentada en el 30 de julio del año 2014, el término extintivo no operó.

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.

Previo a abordar el estudio del problema jurídico, resulta necesario precisar, si bien la Sala, es del criterio 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 16 Laboral del Circuito, mediante proveído del 22 de junio de 2015 (*Cuaderno de Conflicto de Competencia, páginas 18 a 24),* lo que impide un nuevo pronunciamiento frente al tema.

Dilucidado lo anterior, es menester precisar, en el caso de marras, no se discute la presentación adecuada de los recobros objeto de estudio por parte de la demandante 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, pues no se evidenció inconformidad respecto de los soportes que acompañan cada factura, ni tampoco

[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.

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 en las causales de glosa referidas para cada recobro y en ese orden, el problema jurídico en esta instancia se circunscribe en determinar si las causales de glosa establecidas para los recobros reclamados se encuentran debidamente fundadas o no, a efectos de establecer la procedencia del respectivo pago.

En el presente caso, se tiene que la parte actora inicialmente reclamó el pago de 36 facturas, 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[4] en el reporte suministrado por la parte actora en medio magnético CD. fol. 316 y 316 A, 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 en el lapso comprendido entre octubre de 2011 y mayo de 2012, esto es en la vigencia del Acuerdo 08 de 2009 como del Acuerdo 029 de 2011, mediante los cuales se actualizaron los planes obligatorios de salud.

De igual forma se evidenció que los 36 recobros reclamados fueron glosados bajo la causal: 2-02*;* Sin embargo, en audiencia celebrada el 3 de septiembre de 2018, la actora presentó desistimiento en relación con 23 ítems de las pretensiones de la demanda, por lo que el juzgado dispuso continuar el trámite respecto de los restantes 14 recobros que equivalen a $97’908.036 (FLS. 1699, 1700 Y 1731 a 1736) y son los siguientes:

#	NO. RADICADO FOSYGA (MYT 01/02)	CLASIFICACIÓN DEL SERVICIO ENTREGADO	VALOR DE RECOBRO
1	51493653	URETEROLITOTOMIA LASER	$5.920.300
2	51493737	MAMOPLASTIA REDUCCION BILATERAL	$ 3.381.720
3	51493738	NEFROLITOTOMIA POR URETERORENOSCOPIO FLEXIBLE FRAGMENTACÍON CON LASER HOLMIUN	$ 6.497.432
4	51493744	CIRUGIA BARIATICA	$ 12.622.400

[4]“ *Según la Resolución 1896 de 2001 del Ministerio de Salud define que “La CLASIFICACIÓN ÚNICA DE PROCEDIMIENTOS EN SALUD (C.U.P.S.) corresponde a un ordenamiento lógico y detallado de los procedimientos e intervenciones que se realizan en Colombia, identificados por un código y descritos por una nomenclatura”*

5	51493769	URETEROLITOTOMIA + CISTOLITOTOMIA CON FLEXIBLE LASER HOLMUN	$ 6.545.804
6	51454868	NEFROLITOTOMIA POR URETERO FLEXIBLE Y GRAGMENTACION CON LASER HOLMIUN	$ 6.472.010
7	51454908	GASTRECTOMIA MANGA LAPAROSCOPIA	$ 12.178.390
8	51542693	URETEROLITOTOMIA RETROGRADA FLEXIBLE CON LASER	$ 5.307.100
9	51596821	URETEROLITOTOMIA RETROGRADA FLEXIBLE ENDOSCOPICA CON LASER	$ 3.920.300
10	51597053	GASTRECTOMIA MANGA LAPAROSCOPICA	$ 12.155.390
11	51597054	GASTRECTOMIA MANGA LAPAROSCOPICA	$ 12.033.630
12	51597254	CIRUGIA BARIATRICA POR LAPAROSCOPIA	$ 3.624.600
13	51597256	CIRUGIA BARIATRICA POR LAPAROSCOPIA	$ 3.624.600
14	51597257	CIRUGIA BARIATRICA POR LAPAROSCOPIA	$ 3.624.360

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.

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.

Retomando el caso bajo análisis, se tiene que con el fin de determinar de forma clara y precisa si los servicios y tecnologías de salud cuyo pago se reclama, estaban o no financiados dentro del Plan de Beneficios de Salud, es necesario un conocimiento técnico de la clasificación única de procedimientos en salud vigente para cada uno de los periodos en los cuales se prestó la atención, así como de las resoluciones emitidas por el Ministerio de Salud y Protección Social para actualizar el Plan de Beneficios en Salud, a fin de establecer si los insumos, productos, servicios o procedimiento prestados por la demandante estaban o no cubiertos por el plan en la fecha en que se prestó el servicio.

Con esa finalidad, en primera instancia se decretó la práctica de dictamen pericial, que fue rendido por el Dr. Enrique Ayala Pérez (fls. 1787 a 1791), del que se le corrió traslado a las partes y fue ratificado en audiencia de 14 de noviembre de 2019 (cd. fol.1847), donde el profesional de la salud deteminó que los catorce ítems estudiados corresponden a tecnologías y servicios no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud, antes POS, conclusión que no fue objeto de reparo por parte de la demandada ADRES.

Así mismo a folios 459 a 462 obra comunicación de 29 de septiembre de 2014, emitida por el Ministerio de salud, donde le comunica a Sánitas E.P.S., que los 36 recobros respecto de los cuales solicita el reconocimiento, se encuentran registrados con la tipología de glosa 2-02 “la factura no cumple con el literal c) del artículo 617 del Estatuto Tributarioy gozan de presunción de legalidad, por lo que no pueden ser objeto de pago.

Ahora bien, la Resolución 3099 de 2008 expedida por el Ministerio de la Protección Social, en su artículo 16 numeral (i) literal b) dispone como causal de devolución aplicable a todas las solicitudes de recobro “cuando la factura no cumple con el literal c) del artículo 617 del Estatuto Tributario (código 2-02)”, norma que en su parte pertinente establece:

> *"Para efectos tributarios, la expedición de factura a que se refiere el artículo 615 consiste en entregar el original de la misma, con el lleno de los siguientes requisitos:*
> *(...)*
> *c. Apellidos y nombre o razón social y NIT del adquirente de los bienes o servicios, junto con la discriminación del IVA pagado".*

En este punto, la Sala encuentra que contrario a lo afirmado por el apoderado de la ADRES, la resolución No. 5395 de 2013 de 24 de diciembre de 2013, no resulta aplicable al presente caso, en tanto no estaba vigente para la fecha en que se prestaron los servicios (años 2011 y 2012).

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala procedió a verificar el cumplimiento de los requisitos de incorporación de la razón social del adquirente en las facturas glosadas, así

No.	No. De Factura	Nombre	RAZON SOCIAL	NIT	FOLIO
1	661645	CONTRERAS DUARTE JAVIER 0	SI	SI	66
2	23 88803	SIERRA POSADA NUBIA	SI	SI	99
3	23 88816	ROJAS TROCHEZ ALEXANDER 0	SI	SI	117
4	1107286	PENA BONNA LILIA ESTHER	SI	SI	153
5	22 112221	VIDAL PALTA JUAN JOSE	SI	SI	232
6	22 111026	MUNOZ CERON SEGUNDO JORGE	SI	SI	1264
7	13 174738	BERNAL DE BUITRAGO BERTHA B.	SI	SI	1281
8	CU 01064743	ALJURE RESTREPO EDUARDO 0	SI	SI	1407
9	27267	MAZ POSADA MARIA LEONOR	SI	SI	1454
10	13 181369	LEAL MARTINEZ LUIS FERNANDO	SI	SI	1493
11	13 180772	AGUILLON ANGARITA ESPERANZA 0	SI	SI	1511
12	CE00152305	PAREDES MANJARRES VILMA INES	SI	SI	1545
13	CE00152347	MOLINARES BRITO CARMEN M.	SI	SI	1563
14	CE00149434	MARTINEZ IGLESIAS NANCY DEL C.	SI	SI	1580

De otro lado, tiene en cuenta la Sala, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 476 del Estatuto Tributario, *"los servicios médicos, odontológicos, hospitalarios, clínicos y de laboratorio para la salud humana"* están excluidos del impuesto a las ventas, exención que se corrobora incluso ahora, en el artículo 1.3.1.13.13 del Decreto 1625 de 2016, que establece, se encuentran exceptuados del impuesto sobre las ventas *"los servicios que presten o contraten las entidades administradoras del régimen subsidiado y las entidades promotoras de salud"*

El Consejo de Estado en Sentencia 16201 de febrero 5 de 2009, frente a este aspecto señaló:

> "… El artículo 476 [3] del Estatuto Tributario excluyó del IVA los servicios vinculados con la Seguridad Social conforme a la Ley 100. En Sentencia C-341 de 2007, la Corte Constitucional declaró exequible la expresión "*de acuerdo con lo previsto en la Ley 100 de 1993*", de la norma en mención y precisó que las exclusiones del pago del IVA a las que se refieren los numerales 3 y 8 del artículo 476 del Estatuto Tributario "*son de carácter objetivo, es decir, toman en consideración la naturaleza del servicio prestado y no la persona o entidad que lo realiza. En otras palabras, el legislador simplemente estructuró una exclusión a un gravamen remitiendo a unos servicios que aparecen consignados en la Ley 100 de 1993 […]".*
>
> De la misma providencia se concluye que los servicios vinculados con la Seguridad Social, en los términos de la Ley 100 de 1993, son los que "*[…] guardan una relación directa y estrecha con el manejo de los riesgos que atentan contra la capacidad y oportunidad de los individuos y sus familias para generar los ingresos suficientes en orden a una subsistencia digna…".*
>
> En reiteradas oportunidades este Despacho se ha referido al tema consultado, una de ellas, en el Oficio 004557 de 18 de febrero de 2015, el que por constituir doctrina vigente en la materia se transcribe a continuación:
>
> "… es pertinente examinar los siguientes pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales emitidos al respecto:
>
> En Sentencia C-1040 de 2003, la Corte Constitucional, M. P. doctora Clara Inés Vargas Hernández, indicó:
>
> *(…)*
> *"7. Teniendo en cuenta que conforme al artículo 48 Superior, todos los recursos de la seguridad social deben estar afectos a los objetivos de este servicio público, por tratarse de recursos parafiscales, en la configuración legal de la Unidad de Pago por Capitación* ***se encuentran incorporados en un todo indivisible los costos que demanda la organización y los que garantizan la prestación del servicio público de la salud****. (…).*
> 8. *Existe, entonces, un vínculo indisoluble entre el carácter parafiscal de los recursos de la seguridad social en salud y la Unidad de Pago por Capitación, pues al fin y al cabo dicha unidad es el reconocimiento de los costos que acarrea la puesta en ejecución del Plan Obligatorio de Salud (POS) por parte de las Empresas Promotoras de Salud y las ARS. En otras palabras,* ***la UPC tiene carácter parafiscal, puesto que su objetivo fundamental es financiar en su totalidad la ejecución del POS. De ahí que la Corte haya considerado que la UPC no constituye una renta propia de las EPS****:*
> 9. *Ahora bien, como la UPC tiene carácter parafiscal, la consecuencia lógica es que* ***todos los recursos que la integran, tanto administrativos como los destinados a la prestación del servicio, no puedan ser objeto de ningún gravamen****, pues de serlo se estaría contrariando la prohibición contenida en el artículo 48 Superior de destinar y utilizar los recursos de la seguridad social para fines distintos a ella, ya que los impuestos entran a las arcas públicas para financiar necesidades de carácter general.*

Pero como en desarrollo de su actividad las EPS tienen derecho a obtener un margen de ganancia, surge la inquietud de establecer sobre qué clase de recursos podría el legislador ejercer su potestad impositiva. Frente a este interrogante, la jurisprudencia ha señalado que ***solo pueden ser objeto de gravamen los recursos que las EPS y las IPS captan por concepto de primas de sobre aseguramiento o planes complementarios por fuera de lo previsto en el POS y todos los demás que excedan los recursos exclusivos para la prestación del POS****:*

10. *La jurisprudencia ha hecho ver también que la asimilación de la UPC con los ingresos propios de la EPS deriva de una apreciación equivocada sobre la actividad que desarrollan dichas entidades, que no son propiamente un empresario cualquiera que maneja un clásico contrato de seguro, sino* ***instituciones intermediarias de los servicios de salud, bajo la idea de un contrato de aseguramiento en el que la prima no le pertenece al asegurado sino al Sistema de Seguridad Social en Salud****". (sic).*

(…) Subrayado y Negrilla Fuera del Texto

La citada Corporación, en Sentencia C-824 de 2004, M. P. doctor Rodrigo Uprimny Yepes, también declaró:

(…)

"(…) con respecto a los recursos del Sistema de la Seguridad Social, ya que el legislador no puede en modo alguno desvirtuar los específicos mandatos de la Constitución, so pena de invadir un ámbito ajeno a su competencia, y por ello ***no podrá destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella****, porque perentoriamente el artículo 48 superior lo prohíbe.*

(…) es necesario que una parte de los recursos del SGSSS sean dedicados a gastos administrativos, precisamente para que el sistema pueda operar y puedan ser realizados los actos médicos, entonces ***es obvio que los dineros destinados a financiar esos gastos administrativos son recursos del sistema de seguridad social, que no pueden entonces ser gravados, ya que dichos gravámenes implican que una parte de esos ingresos entraría a engrosar el presupuesto general****, con lo cual un componente de los dineros de la seguridad social es destinado a otros propósitos, con clara vulneración de la prohibición prevista en el artículo 48 superior". (…) (Subrayado y Negrilla Fuera del Texto).*

…Finalmente, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales se pronunció mediante Concepto número 037397 del 20 de junio de 2005:

(…)

"En lo que se refiere a la función que realizan las entidades promotoras de salud (EPS) y las administradoras del régimen subsidiado (ARS), es preciso tener en cuenta que ***existe una exoneración objetiva de todo gravamen que opera directamente en favor de los recursos que administran estas entidades, con destino a la realización de los programas que conforman el plan obligatorio de salud (POS)****. Estos recursos corresponden a las unidades de pago por capitación (UPC) que reciben las EPS y las ARS, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), como resultado de las cotizaciones o aportes de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud.*

La no sujeción a impuestos de estos recursos deviene de su naturaleza parafiscal*, de acuerdo con lo previsto en la Ley 100 de 1993, que establece que los mismos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y en el artículo 48 de la Constitución Nacional, que prohíbe la destinación de los recursos de la seguridad social para fines diferentes a ella.*

> *En consecuencia, para efectos del IVA, la exoneración tributaria en favor de las unidades de pago por capitación (UPC) implica que* ***los servicios que contraten las EPS y las ARS, cuando tengan por objeto directo efectuar las prestaciones propias del POS, no se encuentran sometidos al impuesto****. (…)Subrayado y Negrilla Fuera del Texto".*

Teniendo en cuenta entonces, los anteriores fundamentos legales y jurisprudenciales, es claro que, debido a la destinación especial que tienen los recursos de la seguridad social en salud, sobre ellos no recae el gravamen del IVA y en consecuencia, las facturas glosadas no tienen por qué incorporar discriminación alguna por concepto de impuesto a las ventas y por tanto la glosa impuesta a los mentados recobros resulta infundada, razón por la que se acompaña la conclusión del a quo, relativa a las procedencia de las prestaciones tendientes al pago de los catorce recobros glosados injustificadamente por la parte demandada.

En otro giro, respecto a la condena por **intereses moratorios,** cuya revocatoria reclama la demandada ADRES, 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, tal como lo referenció el juez 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, que fue impuesta a partir de los dos meses de radicación de la factura.

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. 316), verificando, se presentaron los catorce recobros objeto de demanda, dentro de los 6 meses siguientes a la prestación del servicio o la ocurrencia del hecho generador por lo que se confirma en este aspecto el fallo de primer grado, en que se ordenó el pago de los intereses moratorios **2 meses** después desde la fecha de radicación de cada uno de los citados recobros.

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[5]*. 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[6]*. Se aplicarán a las facturas cambiarias en lo pertinente, las normas relativas a la letra de cambio.*

Art. 789.-La acción cambiaria directa prescribe en tres años a partir del día del vencimiento.

---

[5] 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.

[6] 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.

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[7] 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 2012, a excepción de uno que se prestó en diciembre de 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 30 de julio del 2014 (fl. 301), 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.

No. De Factura	Fecha Prestación Servicio	Fecha Radicación MYT 01 y 02
661645	2012-03-13	6/07/2012
23 88803	2012-04-11	6/07/2012
23 88816	2012-04-14	6/07/2012
1107286	2012-02-16	6/07/2012
22 112221	2012-04-13	6/07/2012
22 111026	2012-02-11	4/07/2012
13 174738	2012-04-02	4/07/2012
CU 01064743	2011-12-10	11/07/2012
27267	2012-03-29	13/07/2012
13 181369	2012-05-17	13/07/2012
13 180772	2012-02-27	13/07/2012
CE00152305	2012-04-03	13/07/2012
CE00152347	2012-04-02	13/07/2012
CE00149434	2012-02-24	13/07/2012

En lo que atañe a los gastos de administración, aduce en la alzada la apoderada de la parte actora, que con la prestación de los servicios objeto de recobro, las entidades demandantes incurrieron en gastos de administración que rebasan los

[7] Artículos 621 y 774 del Código de Comercio, y 617 del Estatuto Tributario.

cubiertos con la UPC, no obstante, en el caso de marras, dichos gastos quedan en las simples afirmaciones de la recurrente por cuanto no se encuentra ningún medio de convicción tendiente a demostrar dichos gastos, razón suficiente para prohijar la decisión de primer grado.

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.

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 confirmará la sentencia de primer grado, 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: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo analizado en la parte motiva de este proveído

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

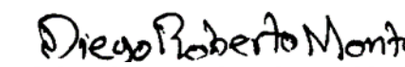
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CARLOS ALFONSO GAITAN CUERVO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A (RAD. 16 2019 00859 01)

Bogotá D.C. treinta (30) de junio 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 GARCÍA en su calidad de representante legal de la firma ARANGO GARCÍA ABOGADOS ASOCIADOS (folio 236 vto).



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos por el demandante y Colpensiones, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 13 numeral primero de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el 28 de febrero

de 2022 (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., récord 1:16:51, archivo 010, expediente digital),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado del régimen pensional que realizo el demandante, el señor CARLOS ALFONSO GAITAN CUERVO identificado con cedula de ciudadanía No 79114245 desde el régimen de prima media con prestación definida hacia el régimen de ahorro individual con solidaridad y que tuviera efectividad desde el 1 de diciembre de 1998, ineficacia esta que se declara en virtud de la omisión de información en la que incurrió la demandad Colfondos S.A pensiones y cesantías.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a Colfondos pensiones y cesantías a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante con destino a Colpensiones, incluyendo todos los valores que corresponden a cotizaciones, réditos, sumas adicionales de la aseguradora, bonos adicionales si los hubiere y en general toda suma que se haya recibido en el régimen de ahorro individual con motivo de las cotizaciones efectuadas en favor del demandante***.**
>
> ***TERCERO: CONDENAR** a Colpensiones a recepcionar los recursos, de la cuenta de ahorra individual de la demanda de conforme se dispuso con el numeral que antecede y a validar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida, al cual se declara es el único en el cual se ha encontrado válidamente afiliado el demandante.*
>
> ***CUARTO:** se declaran no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada*
>
> ***QUINTO** se condena en costas de la instancia a la parte demandada, practíquese la liquidación por secretaria incluyendo el monto de medio salario mínimo legal mensual vigente, a cargo de cada una de las demandas, por concepto de las agencias en derecho, practíquese por secretaria la liquidación"*

Inconforme con la decisión el apoderado judicial de COLPENSIONES la apeló señalando que la declaratoria de ineficacia del traslado quebranta el principio de sostenibilidad financiera del sistema; la entidad no puede asumir las consecuencias de la decisión del demandante de escogencia del régimen de ahorro individual. Añadió, todas las conductas desplegadas por la entidad han sido de buena fe y con la convicción de estar obrando conforme a derecho y siendo garante de la decisión libre y voluntaria del actor de cambiarse de régimen.[1] (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., récord 1:19:28).*

---

[1] *"**Apoderado de COLPENSIONES (1:19:28)** Señor juez de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación en el siguiente sentido. Reiteramos los argumentos de la defensa expuestos en los alegatos de conclusión y de manera respetuosa interpongo recurso de apelación por cuento la declaratoria de ineficacia del traslado quebranta el principio de sostenibilidad financiera del sistema, mi representando no puede asumir el, las acciones realizadas por el demandante que fueron expuestas y realizadas de manera libre y voluntaria habiendo ejercido su derecho a la libre escogencia, pues no hay prueba de coacción real que viciara la*

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 *(páginas24 y 25)* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo *(páginas 25 a 27)*, aspirando se declare la nulidad por ineficacia de la afiliación y el traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ante la omisión de COLFONDOS S.A. del deber de información; se declare que la afiliación del demandante a COLPENSIONES permaneció incólume; se condene a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes, rendimientos, bono pensional, gastos de administración y demás dineros aportados por el demandante durante todo el tiempo que estuvo afiliado al RAIS, 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 del demandante al RAIS, declaró que el actor se encuentra válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida; ordenó a COLFONDOS S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante incluyendo todos los valores que corresponden a cotizaciones, réditos, sumas adicionales de la aseguradora, bonos adicionales si los hubiera y cualquier suma que se hubiera recibido en el RAIS con motivo de las cotizaciones efectuadas a favor del actor y condenó en costas a las demandadas. Lo anterior tras considerar que,

---

manifestación de su voluntad, sobre todo por su permanencia en el régimen de ahorro individual durante tantos años posteriores al hecho de traslado.

La decisión vulnera el conjunto normativo previsto especialmente en la ley 797 de 2003, la ley 100 de 1993 y el decreto 3800 de 2001, adicionalmente todas las conductas desplegadas por mi representado fueron de buena fe como ya se dijo anteriormente, y con la plena convicción de estar obrando de conformidad a derecho, no solo obrando conforme a derecho, sino siendo garante del ejercicio libre y voluntario del derecho del traslado de régimen que ejercían en su momento el demandante, el cual se reitera de haberse negado en su momento o haber realizado alguna acción pues ahí si hubiese vulnerado los derechos, razón suficiente para que se revoque la condena en costas, en ese orden de ideas solicito revocar la decisión decretada y decretar la ineficacia del traslado".

con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada COLFONDOS S.A. no logró 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[2].

Así las cosas, en el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A. (fl. 11) se registra como fecha de nacimiento del demandante, el 20 de octubre de 1958, hecho que se corrobora con el reporte de semanas cotizadas expedido por COLPENSIONES *(expediente administrativo cd. folio 45);* por lo que a 1° de abril de 1994 contaba con 35 años y los 62 años de edad los cumplió el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante COLPENSIONES el 3 de octubre de 2019 (fl. 3) y ante COLFONDOS S.A. el 24 de octubre de 2019 (fl. 6) esto es, cuando le faltaban menos de diez años para adquirir el derecho pensional -tenía 61 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 401,85 semanas, que corresponden a 7,72 años *(expediente administrativo cd. folio 45),* por lo que no se encontraba en la

[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".*

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 01 **de octubre de 1998,** efectivo el **01 de diciembre de 1998** (cd. folio 56 contestación Colfondos*),* por afiliación que hiciera a COLFONDOS 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[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

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

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 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[4], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en

[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 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

---

"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.

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, 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 el demandante[5], no acreditan de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar, que para el momento de su traslado desconocía cuales eran los tipos de regímenes que existían. Relató que en el año 1998, estaba en una situación difícil, se le presentó la oportunidad de trabajar con COLFONDOS S.A. y la empresa le hizo la afiliación al RAIS; sin embargo, trabajó allí durante un mes y medio temas relacionados con cesantías; para esa época su nivel educativo era de bachiller. Reparó en que recibió una capacitación de una semana que era básicamente de temas relacionados con ventas y captación de clientes, pero no tuvo ilustración respecto a las consecuencias del cambio de régimen.

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 COLFONDOS S.A., (cd. folio 56 contestación Colfondos*),,* éste 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

[5] Audiencia del 28 de febrero de 2022, récord 0:24:30

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.

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 –COLFONDOS S.A.- no logró demostrar, como era su deber, que suministró al 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 1998, 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 S.A. omitió en el momento del traslado de régimen **(1 de octubre de 1998,** efectivo el **01 de diciembre de 1998)** 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.

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 y gastos de administración, como también la activación de su afiliación por parte de COLPENSIONES en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Debe precisarse en este punto, ante un nuevo estudio del tema y atendiendo la recomposición de ésta Sala de Decisión se adicionará el numeral segundo del fallo de primer grado, en cuanto a que además de lo anterior, COLFONDOS también debe devolver a COLPENSIONES los gastos de administración y deberá retornar las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia[6], los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades[7], por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a cada uno de 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."***

Igualmente se dispondrá que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

---

[6] Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.
[7] Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

También 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, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, y su imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

Así lo adoctrinó recientemente la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL359 de 2021, reiterada en la SL859 de 2021. En la primera providencia anotada, el órgano de cierre de esta jurisdicción consideró:

> *"**Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.***
>
> *En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibídem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.*
>
> *Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real."* (Negrillas de la Sala).

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)

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 de la demandante.

En relación 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 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 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 (…)".*

Teniendo en cuenta lo anterior y como el juez de primer grado no impuso condena concretamente por este concepto, se adicionará su decisión en este sentido.

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES[8], a favor de quien se surte la consulta (cd. folio 45, archivo contestación demanda y anexos, folio 11*),* 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 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 de 10 de diciembre de 2021 (folio 85 y 86).

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 por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se adicionará la sentencia en los puntos anteriormente expuestos y 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: ADICIONAR el ordinal **SEGUNDO** del fallo de primer grado, para ordenar a COLFONDOS S.A. devolver a COLPENSIONES los gastos de administración y además las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a conformar el Fondo

de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente **indexados** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el demandante estuvo afiliada a esa administradora, conforme lo considerado.

SEGUNDO: DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia proferida por el Juzgado 16 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 PROSPERO AVELLANEDA VARGAS y ROSALBA CELY GÓMEZ CONTRA COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS (RAD. 17 2018 00375 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte de los demandantes, 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 13 numeral primero de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022.

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 apoderada de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juez Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 9 de mayo del 2022 (Audiencia virtual record: 34:43), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS*** *las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción, propuestas por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, según las razones expuestas en precedencia.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR*** *que los señores PRÓSPERO AVELLANEDA VARGAS y ROSALBA CELY GÓMEZ identificados con las C.C. 7.213.684 y 23.549.694, respectivamente, en calidad de padres del causante ELMER JAIR AVELLANEDA CELY, les asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a partir del 5 de junio de 2016, lo anterior de acuerdo con lo señalado en la parte motiva de esta sentencia.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR*** *a la demandada COLFONDOS S.A., a pagar a los demandantes, señores AVLELLANEDA VARGAS y CELY GÓMEZ, la pensión de sobrevivientes en cuantía inicial de $689.455, que corresponde al salario mínimo legal mensual vigente para el año 2016, junto con los reajustes legales y la mesada adicional de diciembre que se cause, lo anterior según lo analizado.*
>
> ***CUARTO: CONDENAR*** *a COLFONDOS S.A., a pagar a los demandantes la suma de $63'160.263, por mesadas insolutas causadas entre el 5 de junio de 2016 y el 30 de abril de 2022, y a partir de mayo del presente año, deberá pagar una mesada de*

> *$1'000.000 y en adelante con los reajustes legales y la mesada adicional de diciembre.*
>
> ***QUINTO: AUTORIZAR** a la demandada para descontar del retroactivo reconocido a los demandantes y en el porcentaje que corresponda, los aportes con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud, según lo analizado.*
>
> ***SEXTO: CONDENAR** a la demandada COLFONDOS S.A., a pagar a los demandantes los intereses de mora liquidados a la tasa máxima de interés moratorio vigente para el momento en que se efectúe el pago, sobre el valor de cada mesada insoluta, a partir del 13 de noviembre de 2016.*
>
> ***SÉPTIMO: ABSOLVER** a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.*
>
> ***OCTAVO: CONDENAR EN COSTAS** a la demandada COLFONDOS S.A. En firme esta sentencia, por Secretaría practíquese la liquidación, incluyendo agencias en derecho a su cargo, por valor de $3'800.000.**"***

Inconforme con la decisión la apoderada de COLFONDOS apela la decisión expresando no compartir el análisis probatorio y conclusiones que se realiza de los testimonios, pues asegura a la prueba documental aportada con la contestación de la demanda no se le dio ningún tipo de valor, ni se señalaron las razones por las cuales dicha documental no merece ningún tipo de peso probatorio la cual consiste específicamente en la investigación que se adelanta en este caso.

Aduce que los testigos no pudieron nunca determinar ni la periodicidad, ni el monto, ni la calidad, ni la forma en que se generaba el supuesto aporte del señor Elmer Hair (q.e.p.d.) frente a su familia, precisando nunca se ha negado que pudiera existir una ayuda económica, lo que se debe tener en cuenta es que dicha ayuda sea una dependencia económica en los términos que establece la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, asegurando no es que se esté diciendo que esa dependencia debe ser total o absoluta, expresando si bien el causante vivía en el mismo lugar de residencia de sus padres, ello no genera la dependencia que predica el despacho, por el contrario se concluye es una colaboración, un ejercicio armónico de unas personas que comparten un mismo techo, que son familia, que evidentemente sufragan los gastos de la casa en la que residen, pero no por eso se podría convertir en una dependencia de los padres respecto de los hijos, toda vez que el ingreso del causante no le permitía generar esas dependencia, en consideración a los gastos propios, reiterando se trataba de una colaboración la cual no significa ser dada en términos de dependencia, que es la que la norma exige.

Afirma no haberse analizado ni contrastado la versión de los testigos frente al interrogatorio de parte, en punto a las actividades económicas de los demandantes expuestas por ellos también en su interrogatorio, esto es que la mamá del fallecido tenía una actividad económica de cuidado de ganado, que le significaban ingreso y el señor padre tenía para el momento del deceso un establecimiento de comercio abierto al público, del cual también derivaba su ingreso, lo cual conllevaría a una conclusión diferente a la del Juez.

Frente a los intereses moratorios, considera la parte no los reclamó específicamente la pues la petición que se hizo, es que en el momento en que el despacho declare el derecho de los actores, su representada debe cumplir la obligación dentro del término previsto en la ley, so pena de incurrir en esa indemnización moratoria y no se está diciendo que COLFONDOS incurrió en una mora, sino que a partir de este fallo pues se debe reconocer la mora si no se concede la mesada pensional, aduciendo igualmente se debe hacer un análisis riguroso para esta condena, pues si bien el juez llega al convencimiento de la existencia de la subordinación económica de los padres respecto de sus hijos, es después de un proceso de pruebas que conducen a establecer que en el momento que ellos elevaron la solicitud, no estaban probadas dichas circunstancias, máxime cuando la prueba documental que era la que estaba vigente en ese momento demostraba un aspecto diferente.

Finalmente, también frente a la condena en costas se impone una suma bastante elevada de $3.800.000 la cual no fue pedida por la parte actora, por lo tanto, no era procedente señalando si en gracia de discusión se quisiera imponer alguna suma, debe ser en un valor muchísimo menor, teniendo en cuenta la actuación que Colfondos siempre ha estado presta a la atención del proceso, no lo ha dilatado, siempre ha comparecido, la notificación fue muy rápida y cualquier demora o tardanza no puede ser a ella imputada.

Solicitando se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia. *(Audiencia 9 de mayo del 2022, record: 37:36)*[1]

[1] Gracias su señoría de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia que su despacho acaba de proferir, me permito sustentar la misma en los siguientes términos.

Lo primero que debo señalar pues la parte que represento no comparte el análisis probatorio y las conclusiones que se realizan de los testimonios, ni de las demás prueba que se analizó en el presente caso, en efecto tal y como se anotó en los alegatos de conclusión en que se reitera para este momento porque dichos argumentos no han cambiado, pues en este caso al contario del análisis que hace el despacho, pues se considera que existe tanto prueba documental que es la aportada con la contestación de la demanda y a la cual

en el fallo que acabamos de oír no se le dio ningún tipo de valor, además no se señalan las razones por las cuales dicha documental no merece ningún tipo de pues de peso probatorio y pues que consiste específicamente en la investigación que se adelanta en este caso particular en cito, donde las entrevistas que se generaron de manera espontánea, la prueba que se recaudó en este momento se recoge en ese informe que es presentado directamente por los demandantes, y que lleva a conclusiones diferentes a las que el despacho arrima en esta oportunidad.

Se reitera que dicho documental fue aportada al proceso, fue tenida como prueba, no fue desconocida por la parte actora, tampoco fue tachada de falsedad, sin embargo, ningún comentario, ningún análisis mereció la misma a la luz de también dijeron los testigos. Frente al peso que a nuestro concepto fue el fundamento, el peso de la prueba testimonial que nuestro concepto fue el fundamento de este fallo, pues debemos reiterar que el alcance que le dio el despacho no le corresponde a lo que los testigos señalaron. Primero como se indicó los testigos no pudieron nunca determinar ni periodicidad, ni monto, ni calidad, ni forma en que se generaba el supuesto aporte del señor Elmer Hair que en paz descanse frente a su familia, y es que esta parte nunca ha negado que pudiera existir una ayuda económica, pero lo que siempre se ha contradicho, contradicho en este caso, y es que dicha ayuda sea una identidad de dependencia económica en los términos que establece la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, resaltando que no es que se esté diciendo que esa dependencia debe ser total o absoluta, pero no ha dejado de existir en los términos de dependencia sino de ayuda económica o de colaboración como en este caso, porque el actor efectivamente, compartimos la conclusión que vivía en el mismo lugar de residencia de sus padres, pero la diferencia es que el despacho concluye que de allí se depende la dependencia de los padres y esta parte considera que no, que allí se concluye una colaboración, un ejercicio armónico de unas personas que comparten un mismo techo, que son familia, que evidentemente sufraga los gastos de la casa en la que residen, pero no por eso podría convertir una dependencia de los padres respecto de los hijos, toda vez que su ingreso no les permitía generar esas dependencia, en consideración a los gastos propios, en consideración a la deuda que tenía, y al monto de su ingreso, claramente el señor Elmer Hair colaboraba pero no significa que esta colaboración se surtiera en términos de dependencia, que es la que la norma exige.

Se reitera que no se analizó el tema de la prueba documental y no se hizo un contraste de esta prueba documental con los testimonios, en este caso solamente escuchamos 3 testigos, dos hijos de la familia, hermanos del causante, que si bien aportaron algunos elementos, consideramos que no pueden conducir a la configuración de un fallo, a la estructuración simplemente en esos dichos y el de un vecino, y que como el despacho lo indicó no aprobó ningún elemento de juicio frente al aspecto que nos compete, que es la dependencia económica.

Tampoco se analizó ni se contrasto esa versión de esos testigos frente al interrogatorio de parte, y es que las actividades económicas de los demandantes fueron expuestas por ellos también en su interrogatorio, no solamente como ya se dijo en esa investigación que constituye la prueba documental, sino que acá el despacho ellos reiteraron que las dos personas, los padres del causante tenían ingresos económicos propios.
No se comparte tampoco el análisis que no hubiera quedado probado en que la mamá tenía una actividad económica de cuidado de ganado, independientemente que este nunca se dijo que fuera un gran número de cabezas de ganado, pero sí que le significaban ingreso, hecho que fue reconocido por él, en los dos interrogatorios de parte, incluso por la misma señora, que eso era así, que le generaba a ella un ingreso. Así mismo, el señor padre tenía para el momento del deceso un establecimiento de comercio abierto al público, del cual también derivaba su ingreso, esto tampoco fue analizado en ese interrogatorio de parte, los demandantes dieron elementos que llevarían a una conclusión diferente de la aquí se llega.

Con relación a la indemnización moratoria que se impone en esta condena, pues también queremos señalar que no consideramos que la misma se configure, debido a los particularidades, primero en la forma en que este proceso se pidió dicha indemnización moratoria, es importante leer el numeral sexto del escrito de demandada, donde se consagra dicha solicitud y en la que se dice expresamente "en caso de mora en el pago de la prestación pensional reclamada se ordene el reconocimiento, liquidación y pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la ley 100 del 93, o a la indexación monetaria de acuerdo al IPC que certifique el DANE", de esta redacción de la pretensión, respetuosamente consideramos que la parte no reclamó específicamente la pues frente a la petición que ella hizo, sino que se refiere es que en el momento en que el despacho declare el derecho de los actores, mi representada deba cumplir la obligación dentro del término previsto en la ley, so pena de incurrir en esa indemnización moratoria, está condicionada específicamente tal y como se desprende de la primera parte de la redacción, en caso de mora en el pago de la prestación, no se está diciendo que COLFONDOS incurrió en una mora, sino que a partir de este fallo pues se debe reconocer la mora si no se concede la mesada pensional. Entonces pues tampoco se comparte esta apreciación y además, como se señaló en la contestación de la demanda, la indexación moratoria tampoco es que opere objetivamente, sino que se debe hacer un análisis riguroso y en este caso, si bien el juez llega al convencimiento de la existencia de la subordinación económica de los padres respecto de sus hijos, es después de un proceso de pruebas que conducen a establecer que en el momento que ello elevaron la solicitud, no

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, las pretensiones relacionadas en el archivo del expediente digital denominado "*2018-375 con sentencia"* páginas 9 y 10 del escrito de demanda, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados a folios 6 a 8, aspirando principalmente se declare que en calidad de padres del causante ELMER HAIR AVELLANEDA CELY tienen derecho al reconocimiento, liquidación y pago de la pensión de sobrevivientes a partir del 4 de junio del 2016, en consecuencia se ordene el reconocimiento, liquidación y pago de 13 mesadas al año, junto con el retroactivo y aumentos anuales y periódicos, como también el pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o la indexación monetaria. **Obteniendo sentencia favorable** a sus aspiraciones por cuanto se condenó a la demandada. a pagar a los actores la pensión de sobrevivientes, en cuantía de un SMLMV, calculando el valor del retroactivo del 4 de junio del 2016 al 30 de abril del 2022 en cuantía de $63.160.263, junto con los intereses moratorios desde el 13 de noviembre del 2016, lo anterior, tras considerar que, con el material probatorio recaudado, esto es, los testimonios se encontraba probada la dependencia económica de los convocantes respecto de su hijo fallecido.

Pues bien, no es motivo de controversia en esta instancia que el deceso del causante señor ELMER HAIR AVELLANEDA CELY, acaeció el 4 de junio del 2016 conforme al registro civil de defunción (página 20 expediente digital), como tampoco que los señores ROSALBA CELY GOMEZ y PROSPERO AVELLANEDA VARGAS ostentaban la calidad de progenitores del causante, circunstancia que

---

estaban probados dichas circunstancias, máxime cuando la prueba documental que era la que estaba vigente en ese momento demostraba un aspecto diferente.

Finalmente, también frente al tema de las costas pues el despacho indica que, si bien no han sido pedidas, se impone una suma, una suma bastante elevada $3.800.000 a cargo de mi representada, pues no considera no fue pedida por la parte actora, por lo tanto, no era procedente pero si en gracia de discusión se quisiera imponer alguna suma, debido fundamentarse en un valor muchísimo menor, teniendo en cuenta la actuación de mi representada en este proceso que siempre ha estado presta a la atención del proceso, no lo ha dilatado, siempre ha comparecido, la notificación fue muy rápida, en este caso cualquier demora o tardanza no es imputada a mi representada, por tanto, no se comparte el monto de imposición en costas y la imposición ni su monto.

Así las cosas, su señoría le solicito me conceda el recurso de apelación, para que el Honorable Tribunal de Bogotá estudie el proceso y revoque en su totalidad la sentencia que acaba usted de proferir. Muchas gracias.

además se constata con su registro civil de nacimiento (página 24 expediente digital).

Así pues, inicialmente ha de señalarse, por haber fallecido el afilado el 4 de junio del 2016, el asunto debe estudiarse bajo los lineamientos de la Ley 797 de 2003[2] y en virtud el principio de consonancia, procede la Sala a resolver los motivos de inconformidad expuestos por la recurrente.

En ese orden, en relación con la dependencia económica que debían ostentar los padres del de cujus, al tenor de lo consagrado en el literal d) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003: *"A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de forma total y absoluta de este".* Sea lo primero precisar, la sentencia C-111 de 2006, declaró inexequible la expresión "de forma total y absoluta", aspecto sobre el cual ha tenido oportunidad de pronunciarse la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como en sentencia proferida dentro del radicado No. 31873, del 23 de enero de 2008[3], en la cual se consideró textualmente que "*…la*

---

[2] "*Artículo 12. El artículo 46 de la ley 100 de 1993 quedará así:*

Artículo 46. Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,
2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:
(…)
Artículo 13. Los artículos 47 y 74 quedarán así:

Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:
(…)
d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de forma total y absoluta de este; Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-111 de 2006"

[3] *"En este sentido vale anotar que la conclusión final del juzgador de segundo grado fue la atinente a que la ayuda suministrada por el señor José Rincón Zuluaga a su progenitora era determinante y por ello se cumplía el presupuesto de la dependencia económica, según la sentencia de esta Sala de 8 de abril de 2003, pues expuso que* ***la dependencia económica no es un aspecto absoluto, ya que la ayuda o el apoyo de los hijos hacia los padres puede ser parcial, sin perjuicio de que éstos se procuren algunos ingresos adicionales para su digna subsistencia, siempre que tales ingresos no se conviertan en autosuficientes***.

Tales apreciaciones se ajustan a la jurisprudencia relacionada con el concepto de la dependencia económica, que no se desvirtúa por la circunstancia de que la ayuda o apoyo del hijo hacia sus progenitores sea parcial y complementaria a la de otros ingresos precarios, insuficientes para procurarse lo necesario para llevar una vida digna; de manera que ***la dependencia económica no pugna con la existencia de otros auxilios económicos o de otra naturaleza que reciban los padres por parte de otras personas, que les permitan mejorar sus condiciones de vida, siempre que, como ya se anotó, no los convierta en autosuficientes económicamente****. Sobre el Tema la Corte reitero el criterio reseñado en sentencia de 7 de febrero de 2006, radicada con el número 25069, en la que se dijo, lo siguiente:*

dependencia económica no es un aspecto absoluto, ya que la ayuda o el apoyo de los hijos hacia los padres puede ser parcial, sin perjuicio de que éstos se procuren algunos ingresos adicionales para su digna subsistencia, ***siempre que tales ingresos no se conviertan en autosuficientes"****. (Negrilla fuera del texto)*

De conformidad con lo anterior habrá de determinarse si el causante prestaba apoyo o colaboración económica a sus padres y si estos carecían de ingresos propios que los hicieran económicamente autosuficientes a efecto de resolver la controversia traída a los estrados.

Al respecto, rindieron interrogatorio de parte los demandantes ROSALBA CELIS GOMEZ[4] y PROSPERO AVELLANEDA VARGAS[5].

"Quedó dicho que según el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, los padres son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes cuando dependían económicamente de él.

"La falta de una definición legal de la dependencia económica y la declaratoria de nulidad de la norma reglamentaria que pretendió hacerlo con antelación a la Ley 797 de 2003, determinó la necesidad de fijar su alcance por vía jurisprudencial. En esa labor interpretativa es evidente que mientras la sentencia de casación del 26 de septiembre de 2000 consideró que la dependencia debía ser total, ***la del 19 de marzo de 2004 atenuó el rigor de ese concepto y le indicó al juez laboral que podía aceptar como dependencia económica aquellos casos en que el trabajador fallecido hubiere contribuido con otros a la subsistencia de sus padres****.*

"La actual orientación doctrinal de la Sala opta por el segundo de los criterios y por ello se impone acoger aquí lo expuesto entre otras, ***en la sentencia del 30 de agosto de 2005, radicación 25919, en la que al reiterar el discernimiento expuesto en la sentencia del 8 de abril de 2003, radicación 19772****, que es diferente al que adoptó el Tribunal, se explicó lo que a continuación se transcribe:*

"Le atribuye el recurrente al Tribunal la interpretación errónea del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en cuanto al sentido que le concede a la dependencia económica como condición que deben reunir los padres, como miembros de grupo familiar del afiliado fallecido, para ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes.

"Para el Ad quem no se cumple el requisito de dependencia económica cuando el padre depende de dos hijos, aseveración que supone que ésta sea exclusiva, en clara oposición a lo que ha enseñado reiteradamente la Sala en el sentido de que ***"la configuración de la dependencia a que alude la disposición legal no se desvirtúa por la circunstancia de que la ayuda o apoyo del hijo hacía sus progenitores sea parcial; es decir, la exigencia legal no supone que la dependencia económica sea absoluta porque bien puede ocurrir que los padres se procuren algunos ingresos adicionales para reunir los requeridos para una digna subsistencia" (sentencia de 8 de abril de 2003, rad.19772)****.*

"Según la exégesis de la Sala ***la configuración de la dependencia a que alude la disposición legal no se desvirtúa por la circunstancia de que la ayuda o apoyo del hijo hacía sus progenitores sea parcial y complementaria a la de otros ingresos precarios, que por si no basten para proveerse de lo necesario para llevar una vida digna; la dependencia económica del beneficiario, según ha sido concebida por la Corte, no riñe con emolumentos, ayudas o provechos para la subsistencia siempre y cuando éstos no los convierta en autosuficientes económicamente****, situación que hace desaparecer la subordinación que predica la norma legal.*

"Planteada la controversia jurídica en los anteriores términos, para la Sala es claro que le asiste razón al recurrente por cuanto las disposiciones de la Ley 100 de 1993 que se denuncian como quebrantadas en modo alguno consagran que la dependencia económica de los padres frente a los hijos, que da lugar a la pensión de sobrevivientes, debe ser absoluta y total". (Resaltos de la Sala).

[4] Audiencia 7 de octubre del 2019, record: 10:30

La señora CELIS GOMEZ manifestó tener 4 hijos y el que falleció, comentando que era éste con el que vivía y quien hacia el "*mercado de grano"* y ayudaba con el pago de los servicios públicos, adujo que tiene unas vacas de las cuales obtiene algún dinero que le representa ingresos. Indicó que para el año 2016 su esposo Prospero trabajaba en un taller, precisando su hijo fallecido aportaba de manera quincenal $200.000 o $300.000 aproximadamente, igualmente señaló que para esa época se encontrada afiliada en salud como su beneficiaria.

El señor PROSPERO AVELLANEDA aseguró ser trabajador independiente y tener un taller de ornamentación que le generaba ingresos netos de $400.000 a $300.000 mensuales, comentó que su hijo fallecido lo tenía afiliado a salud y que el dinero que éste aportaba al hogar era de $220.000 a $250.000 y que de vez en cuando el de cujus le daba algo de dinero a él personalmente (no manifestó cuánto), finalmente adujo que los gastos de la casa eran cubiertos por los tres (Rosalba, Prospero e hijo fallecido), señalando que él (Prospero) pagaba los servicios, otra parte su esposa y otra parte su hijo fallecido.

De otra parte se recibieron los testimonios de ANA MARIA AVELLANEDA CELIS[6], JULIAN STIK AVELLANEDA CELIS[7] y GERMAN SUAREZ OSPINA[8], los dos primeros hijos de los demandantes y el ultimo vecino del barrio donde residen.

Los hijos de la parte actora expresaron que para la data del deceso de su hermano su mamá tenía unas vacas y por ende vendía la leche que éstas producían, su papá tenía un taller de ornamentación y trabajaba como independiente, como también que la casa donde habitaban era propia y no pagaban arriendo, adujeron que su hermano fallecido siempre vivió con sus papas y los tenía afiliados al sistema de salud, no tenía esposa ni hijos y era quien hacia el mercado de la casa. Ana María Avellaneda comentó que el de cujus ayudaba al pago de los servicios públicos, pero no en su totalidad, tan solo en una parte y por lo general era el recibo de la Luz. Ambos deponentes afirmaron no saber cuál era el valor de los gastos del hogar y a cuanto ascendía la ayuda económica que su hermano daba, solo refirieron que colaboraba con el mercado y el pago del servicio de la luz.

---

[5] Audiencia 7 de octubre del 2019, record: 23:58
[6] Audiencia 18 de noviembre del 2021, audio 1 record: 3:37
[7] Audiencia 18 de noviembre del 2021, audio 2 record: 15:10
[8] Audiencia 18 de noviembre del 2021, audio 2 record: 00:23

Finalmente, el señor German Suarez señaló que el de cujus vivía con los demandantes y supone que éste hacía el mercado y pagaba los servicios públicos, pero no le consta ni sabe a cuando ascendían tales gastos. Refirió que por comentarios del señor Prospero Avellaneda sabe que el fallecido los tenía afiliados a Salud.

Así las cosas, de lo hasta aquí expuesto, sin que sea necesario acudir a otros medios de prueba como la investigación realizada a favor de COLFONDOS por la firma CONSULTORES E INVESTIGADORES DE SINIESTROS (páginas 149 a 167 y 170 a 185), se advierte una vez valoradas las mismas 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, si bien los demandantes en el interrogatorio de parte rendido afirmaron que el causante hacía un aporte mensual que oscilaba entre $200.000 y $300.000, tal circunstancia no fue corroborada con los testimonios decretados, tan solo se puedo acreditar que el de cujus ayudaba con la alimentación y el pago parcial de los servicios públicos, por lo que esta Sala de decisión advierte ese dinero que aportaba mensualmente el señor ELMER HAIR AVELLANEDA CELY (q.e.p.d.), correspondía a la regular y simple colaboración de un buen hijo hacia sus padres y no era determinante para el sostenimiento de éstos, y en todo caso no quedo demostrado que ese dinero representado en mercado y servicios públicos fuera el necesario y suficiente para solventar las necesidades básicas y mínimas del hogar, nótese que incluso el señor PROSPERO AVELLANEDA expresó estar trabajando como independiente desde antes del fallecimiento de su hijo y manifestó que los gastos del hogar eran compartidos con su esposa y el de cujus.

Por otro lado, téngase en cuenta que los testigos traídos a juicio, concretamente los hijos de los demandantes, permiten corroborar que el apoyo económico que brindaba el causante a sus padres consistía en una mera colaboración para el hogar donde vivía, más en manera alguna puede afirmarse que estos dependieran económicamente de este en virtud de tal ayuda.

Razones por las cuales contrario a lo considerado en primera instancia no puede afirmarse que los demandantes dependieran económicamente de este, pues si bien puede que estuvieran afiliados al sistema de salud como beneficiarios del de

cujus, ello apenas genera un indicio de la dependencia económica que no puede ser la prueba definitiva de tal requisito, máxime cuando según lo acreditado en el plenario, los demandantes poseían ingresos propios como trabajadores independientes, el señor PROSPERO AVELLANEDA en su taller de ornamentación y la señora ROSALBA CELIS con las semovientes de las cuales vendía leche, así como poseían un inmueble en donde vivía el causante sin pagar arriendo, por lo que puede concluirse, no se cumple el requisito de dependencia económica exigido por la normativa citada al inicio de éste proveído para acceder al derecho deprecado.

En este punto es importante precisar, si bien la jurisprudencia de las altas cortes ha determinado que la existencia de ingresos adicionales de los padres no es óbice para concluir que estos dependen económicamente de sus hijos, ello es así siempre y cuando los progenitores no cuenten con una fuente de ingresos que los haga económicamente autosuficientes, punto en el que se debe reiterar, los padres del causante no pagaban arriendo en el lugar de habitación, a lo cual debe sumarse que son propietarios del inmueble en el que habitaba el causante hasta su fallecimiento, y tenían ingresos de sus trabajos como independientes, circunstancia que más bien podría ser indicativa de la dependencia económica parcial del hijo respecto de sus padres, lo que conlleva a concluir que la colaboración brindada no era de tal talante que tuviera una connotación relevante, esencial y preponderante para el mínimo sostenimiento, y por ende que le adjudicara la virtualidad de configurar la subordinación económica respecto del causante.

Téngase en cuenta que si tan siquiera se acreditó que los ingresos de los padres fueran esporádicos, aleatorios o accidentales y que por ende dependieran del mercado que hiciera su hijo y que éste fuera el único que solventara el pago de los servicios públicos, pues se itera fue el mismo PROSPERO AVELLANEDA en su interrogatorio de parte quien sostuvo que los gastos de la casa eran cubiertos por los tres (papá, mamá e hijo fallecido) del producto de sus trabajos.

Así las cosas, esta Sala de decisión concluye conforme al debate jurídico llevado a cabo en estas diligencias, la ayuda económica del de cujus hacia sus padres no tuvo la virtud de ser un verdadero sustento económico con el cual se solventaran en gran parte las necesidades de la familia. Sobre este punto, tiene sentado la Corte Suprema de Justicia, que la dependencia económica debe determinarse de

acuerdo a las circunstancias presentadas en cada caso en particular, como así lo señaló la H. Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia SL8406 del 1º de julio de 2015[9], e igualmente en proveído SL3173 del 2021 expresó:

> *"…la Corte ha indicado los presupuestos que deben darse, para que se pueda predicar la dependencia económica de los padres respecto del hijo fallecido, y en tal virtud ser beneficiarios de la prestación pensional de sobrevivencia. Así en sentencia CSJ SL 2490-2019 que reitero la SL14923-2014, se dijo:*
>
> > *En tales términos, aunque no debe ser total y absoluta, en todo caso, **debe existir un grado cierto de dependencia**, que la Corte ha identificado a partir de dos condiciones: i) una falta de autosuficiencia económica, lograda a partir de otros recursos propios o de diferentes fuentes; ii) y una relación de subordinación económica, respecto de los recursos provenientes de la persona fallecida, de manera que, ante su supresión, el que sobrevive no puede valerse por sí mismo y ve afectado su mínimo vital en un grado significativo."*

En los anteriores términos, es claro para esta Sala de Decisión que la ayuda brindada por el señor ELMER HAIR AVELLANEDA CELY (q.e.p.d) a sus progenitores, correspondía a la regular y simple colaboración de un buen hijo hacia sus padres, la cual no implicaba la dependencia económica, ni siquiera parcial.

Así las cosas, al no acreditarse el requisito de dependencia económica, no se cumplen los presupuestos para la procedencia del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes anhelado, 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.

Del mismo modo, atendiendo las resultas de la alzada propuesta por la encartada, y por sustracción de materia la Sala se releva de analizar los demás argumentos de apelación presentados por COLFONDOS.

---

[9] *"… la dependencia económica es una situación que debe ser definida en cada caso particular y concreto, en tanto que si los ingresos que perciben los progenitores de otras fuentes, son suficientes para satisfacer las necesidades relativas a su sostenimiento, no se configura el presupuesto que exige la norma para poder acceder a la prestación económica objeto de debate. De ahí que sí resulte necesario establecer, no solo en qué consistía y sino a cuánto ascendía la ayuda o el aporte que hacía el causante en vida, para en perspectiva de esa situación poder determinar si era significativa e importante, ya que no es suficiente la regular y simple colaboración de un buen hijo a sus padres para poder predicar la dependencia económica exigida.*

Así las cosas, no es cualquier estipendio, ayuda o colaboración que se otorgue a los progenitores, el que tiene la virtualidad de configurar la subordinación económica que se requiere para ostentar la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, sino aquel que tiene la connotación de ser relevante, esencial y preponderante para el mínimo sostenimiento de la familia, en tanto la finalidad prevista por el legislador para obtener la referida prestación, es la de servir de amparo para quienes se ven desprotegidos ante la muerte de quien les colaboraba realmente a mantener unas condiciones de vida determinadas". Subrayas fuera de texto.

Sin **COSTAS** en esta instancia. las de primera se revocan y se imponen 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 **COLFONDOS,** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por los señores PROSPERO AVELLANEDA VARGAS y ROSALBA CELY GÓMEZ, de acuerdo a las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera correrán a cargo de los demandantes.

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 ANA MARIELA ALARCÓN DE VÁSQUEZ CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. (RAD. 17 2018 00576 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante (folios 205 a 207), 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 13 numeral primero de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022.

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 las partes contra la sentencia proferida por el Juez Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 22 de abril de 2022 (Expediente Carpeta Videos Audiencia, archivo 4, record: 0:44:19), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** no probadas las excepciones de falta de legitimación por activa, incumplimiento de los requisitos legales para el reconocimiento de la prestación, buena fe de la demandada y prescripción propuestas por la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, lo anterior según las razones expuestas en la parte motiva*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR** que la señora Ana Mariela Alarcón de Vásquez, en su calidad de madre tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en razón del fallecimiento del afiliado **MANUEL ENRIQUE VASQUEZ ALARCON** quien en vida se identificaba con la cedula de ciudadanía 80126066 a partir del 9 de agosto del 2016 en cuantía equivalente al salario mínimo legal mensual vigente para cada año junto a los reajustes legales*
>
> ***TERCERO**: **CONDENAR** a la administradora de fondo de pensiones y cesantías Protección S.A. a reconocer y pagar a la señora Alarcón de Vásquez en su condición*

de madre del causante la suma de 60'664.146 pesos a título de retroactivo pensional causado entre el 9 de agosto de 16 y el 31 de marzo de 2022 yen adelante deberá pagar la mesada por un valor de un millón de pesos moneda corriente y en adelante con los reajustes que se causen, valores que deberán ser indexados mes a mes desde la fecha de causación del derecho y hasta que sea efectivamente cubierta la obligación, ello de conformidad con las facultades extra petita otorgadas a este juez de la especialidad del trabajo

***CUARTO: AUTORIZAR** a la demandada a descontar del retroactivo reconocido a la demandante el valor de los aportes con destino al sistema de seguridad social en salud en la proporción que en derecho corresponda según las razones expuestas*

***QUINTO: ABSOLVER** a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra por la señora **ANA MARIELA ALARCON DE VASQUEZ** según lo expuesto en la sentencia*

SEXTO: CONDENAR** en costas a protección s.a en firme la presente sentencia por secretaria practíquese la liquidación incluyendo agencias en derecho a su cargo por un valor de 4`000.000 de pesos moneda corriente**"

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación en relación con la absolución impartida por concepto de intereses moratorios, por considerar que está acreditado el retraso injustificado en el reconocimiento de la prestación, teniendo en cuenta que las pruebas también habían sido arrimadas al trámite de reclamación administrativa ante la AFP, material que según su criterio era suficiente para resolver la procedencia de la prestación; sin embargo llevó a la actora a acudir a la jurisdicción para que le fueran reconocidos sus derechos. Recalcó, si bien se condenó al pago de un retroactivo indexado, la demandante no tuvo la oportunidad de disfrutar de esas mesadas en forma oportuna (Expediente Carpeta Videos Audiencia, archivo 4, record: 0:44:19)[1]

---

[1] *"Gracias su señoría, con el debido respeto y estando en el momento oportuno y legal para hacerlo, me permito interponer recurso parcial de apelación frente a la sentencia dictada por su despacho con el fin de que EL HONORABLE TRIBUNAL DE BOGOTÁ EN SU SALA LABORAL y a quien corresponda por reparto el conocimiento de este recurso revoque el numeral quinto de la sentencia aludida a fin de que la demandada protección se ha condenada al reconocimiento y pago de los intereses de mora instruidos en el artículo 141 de la ley 100, por cuanto se pudo demostrar el retraso injustificado y la negación misma del reconocimiento de la prestación la prestación por parte de la AFP con respecto a mi mandante teniendo en cuenta que con las pruebas que también habían sido allegadas dentro del proceso de reclamación administrativa ante el fondo para el reconocimiento de este derecho pensional bastaba y era suficiente el material probatorio a fin de corroboran la convivencia, no obstante la demandante tuvo que poner en movimiento el aparato judicial a fin de que le fueran reconocidos estos derechos y si bien en la sentencia se reconoce el retroactivo de manera efectiva inclusive desde la acusación del derecho y en adelante hasta que se haga el pago efectivo además con la indexación de las mesadas, la demandante no tuve la oportunidad de disfruta de dichas mesadas de manera oportuna más aun teniendo en cuenta la precaria condición económica, que quedó demostrada dentro del proceso para tal fin.*
Por eso en este sentido solicito a los magistrados que los intereses de mora no son una doble condena para las AFP administradoras de los recursos de pensión sino que son de carácter resarcitorio frente a la imposibilidad del afiliado o beneficiario de recibir este derecho prestacional de manera oportuna y en su momento por cada mes hasta el momento que ya le es

La apoderada de PROTECCIÓN S.A. también apeló la decisión. Presentó su desacuerdo frente a la valoración del material probatorio. Señaló, si bien la jurisprudencia ha señalado que no se exige que la dependencia del padre respecto al afiliado fallecido sea total, se requiere que no se presuma un auxilio a los padres y la ayuda sea periódica.

Añadió, en la sentencia se afirmó que la demandante no tenía ingresos distintos a la ayuda de su hijo y tuvo que arrendar parte de su inmueble para solventar sus gastos básicos; sin embargo, en la investigación adelantada en la actuación administrativa, José Ignacio Vásquez, el otro hijo de la demandante, manifestó que le ayuda a su progenitora con $300.000 mensuales, manifestación que riñe con las afirmaciones de los testigos, quienes afirmaron que el citado señor se había ido del hogar; es más, en la misma actuación administrativa, la misma demandante aceptó que José Ignacio le colabora con esa suma y además recibe por concepto de arriendo otra suma igual, con lo que a su juicio se desvirtúa la dependencia de la actora respecto de su hijo fallecido.

Recalcó, aunque el testigo Abraham Vargas afirmó que el afiliado aportaba económicamente a su señora madre, no tiene un conocimiento directo de los hechos, en tanto lo que sabe se lo contaba su esposa y en su criterio, el testigo José Orlando Rueda tampoco logra demostrar cual era la ayuda que le brindaba el afiliado a su progenitora ni con que regularidad. Estima, en este caso se presume la ayuda, porque el afiliado era soltero, no tenía hijos y al parecer vivía con la demandante; además, por la actitud de uno de los testigos durante la recepción de su declaración, sus afirmaciones no le parecen espontáneas ni le generan confianza. Finalmente y en caso de acogerse las pretensiones de la demandante, solicita se tenga en cuenta que los intereses moratorios, riñen con la indexación de las mesadas pensionales (Expediente Carpeta Videos Audiencia, archivo 4, record: 0:44:19)[2]

---

reconocido el derecho, en lo demás su señoría conforme con el fallo y de esta manera dejo argumentado y expuesto el argumento para el recurso de apelación parcial muchas gracias"

[2] *"**Apoderada de PROTECCION S.A (00:49:42)** Muchas gracias su señoría, me permito manifestar que interpongo recurso de apelación en contra de la sentencia que se acaba de proferir, con base a los siguientes argumentos y no son otros que el desacuerdo que presento respecto de la valoración del material probatorio que se halla dentro del expediente, quiero hacer énfasis especifico en que tal como lo indicó el señor juez al citar la jurisprudencia con la que sustento la consideraciones de la sentencia que se apela, pues claramente la SALA DE CASACIÓN LABORAL*

DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ha indicado que la dependencia económica que se alega, si bien no debe, no se exige que sea total, pues si existen unos requisito para la demostración de la misma y uno de eso requisitos es que este demostrado que se cierta, es decir que no se presuma como un auxilio que deben los buenos hijos de familia a sus padres, así mismo como que se regular y periódica. Entiendo de las consideraciones de el fallo que el señor juez indico que dentro del expediente no se acredita que la demandante hubiese tenido recursos distintos al sustento de su hijo fallecido afiliado a PROTECCION, así como que la misma tuvo que recurrir al arrendamiento de parte de su inmueble para obtener los recursos con lo que hoy en día se sustenta, sumado a que el único hijo que conserva con vida la demandante pues, abandono el hogar y no responde por ella, al respecto debo indicar que la documental aportada por esta apoderada da cuenta de todo lo contrario, y quiero hacer especial énfasis en dos entrevistas realizadas por la firma de INVESTIGACIÓN CONSULTORÍA DEVIA SAS, quien realizo una investigación respecto con la dependencia económica y que entrevisto directamente al señor JOSE IGANCIO VASQUEZ ALARCON quien precisamente es el hijo de la señora ANA MARIELA ALRCON DE VASQUEZ y quien manifestó (y quiero hacer referencia, yo tengo folio 90 en mi expediente físico no es el digital) pero él hace referencia a que le ayuda a su señora madre con 300.000 pesos mensuales luego esto desvirtúa las aseveraciones de los testigos quienes indicaron que el señor se había ido, incluso la demandante en su interrogatorio de parte indica que su hijo JOSE IGANCIO VASQUEZ se fue del hogar y no le presta no le brinda ninguna ayuda, sumado a que también se desmintiera la misma afirmación con la entrevista que rindiera la misma demandante (hago referencia el folio 92 del expediente físico) quien indica que efectivamente recibiera al sumade 300.000 pesos por parte de su hijo JOSE IGNACIO e indica además según sus propias palabras "solamente me queda mi hijo JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ, quien en la actualidad me colabora con la suma de 300.000 pesos mensuales para pagos de servicios y alimentación, ya que yo recibo arriendo de un apartamento de mi casa por 300.000 pesos". Sobre este último aspecto es importante que, a diferencia de lo que indica el señor juez, esta apoderada no encuentra en ningún aparte del expediente, me refiero a la documental y a los testimonios que alguna persona hubiere indicado que le arriendo que recibiere la demandante por un apartamento según su propio dicho se debiera a que tuvo que recurrir a esa fuente de ingresos con posterioridad al fallecimiento de su hijo afiliado, por el contrario la misma demandante en interrogatorio de parte, a pregunta que le efectuara esta apoderara, ratifico que recibe esa fuente de ingresos sin indicar como insistentemente lo inicio el señor juez, se trataba de una, un recurso al que tuvo que incurrir con posterioridad por el fallecimiento de su hijo. Por ese orden de ideas, a juicio de esta apoderado queda desacreditada esa falta de recursos que tuviera la señora y que efectivamente era su hijo el que le brindaba toda la ayuda.

Ahora bien, lo que hace referencia a que no estaba demostrada esa ayuda cierta, regular y periódica, pues basta recurrir a los testimonios recepcionados en audiencia anterior en donde efectivamente el señor ABRAHAM VARGAS QUINTERO menciono que, el sabia haciendo referencia al afiliado fallecido, "el mercaba y le deja algo" y al preguntarle por qué sabia "porque mi señora por ser hermana de Mariela me lo comentaba y yo sabía porque esa era su conducta". Así mismo cuando se le pregunto por el valor de los gastos, "él dio 600.000 pesos o algo así, no se con exactitud, porque no me enteraba y se porque me contaba mi señora" a esto quiero hacer un hincapié y es que efectivamente el señor juez reconoce que la fuente del conocimiento de este testigo, lo es porque se lo informaba su señora esposa que en paz descanse, pero claramente estamos ante un testimonio de oídas, es decir, al señor no le consta de manera mediata que el afiliado le hubiese brindado una ayuda a su mamá y mucho menos con que periodicidad o cual era el monto especifico, por lo cual a juicio de esta apoderada no se cumple con este requisito indicado por LA SALA DE CASACION LABORAL DE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, así mismo cuando se le pregunta de que falleció el demandante, por ejemplo dice que él no sabe exactamente de que falleció, porque el no tenía tiempo de encontrarse con sus sobrinos políticos, lo que claramente demuestra que el testigo no era una persona tan cercana al núcleo familiar , pese a que si existía un vínculo de afinidad que los uniera, pero claramente su testimonio se basa en lo que le comunicaba un tercero.

Por otra parte, y en lo que refiere al testimonio de JOSE ORLANDO RUEDA, indica que no sabe cuáles eran los gastos del hogar, sabe que la demandante tenía una casa propia, pero no sabe el monto o el porcentaje que asignaba su compañero de trabajo, en este caso el afiliado fallecido, a los gastos del hogar, ya que esto era algo muy íntimo del hogar, pues así lo indica. Pues a criterio

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, las pretensiones relacionadas a folio 6 del escrito de demanda (expediente digital, archivo *"2018-576 con sentencia.pdf")* las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados a folios 6 y 7 ibídem , aspirando principalmente que se condene a la demandada a reconocer la pensión de sobrevivientes por la muerte de su hijo quien en vida respondía al nombre de MANUEL ENRIQUE VÁSQUEZ ALARCÓN a partir del 8 de agosto de 2016, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, las costas procesales y lo *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia parcialmente favorable a sus aspiraciones** por cuanto se declaró que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su hijo Manuel Enrique, a partir del 9 de agosto de 2016 en cuantía equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente junto con los reajustes legales y se condenó a la demandada a pagar $60'664.146,oo a título de retroactivo pensional desde el 9 de agosto de 2016, autorizando a la AFP

---

de esta apoderada no se logra demostrar cual era la ayuda que le brindaba el afiliado a la demandante y la regularidad.
Contrario a ello, considero que lo que ocurre acá es que se presume, porque le afiliado era soltero, no tenía hijos, y al parecer si convivía con su señora madre, pues el debía colaborar, pero pues estas presunciones en realidad, no hacen base para determinar esta condena impuesta a mi representada y por ello considero que debe revocarse las sentencias impugnadas sumado a que claramente si está demostrado que la demandante si percibía otro ingreso y tiene otro hijo que efectivamente le brinda una ayuda, con lo cual claramente no está desprotegida la demandante.
Y, por último, a diferencia de lo señalado por el señor juez, se que por supuesto presume la buena de fe de los testigos y aunque también se que es muy riguroso en la toma de los testimonios, pues en uno delos testimonios que brindara uno de los deponentes claramente se ve en sus gestos que cuando se le hace una pregunta voltea la mirada y espera que alguien le indique cual es la respuesta que debe brindar, lo que a esta apoderada no le brindó confianza sobre la espontaneidad de su versión, por lo que considero, al igual que lo señalo el señor juez, pese a que no se brindó tacha de sospecha desde el principio, pues porque no había causal para hacerlo, pues claramente el hecho de que en el transcurso del testimonio seinvestig perciba de pronto una contaminación del mismo pues debe apreciarse al detalle y verificarse si efectivamente debe hacerse una desestimación de dicho testimonio, lo cual considero en este caso si procede.
En ese orden de ideas su señoría dejo sustentado el recurso de apelación solicitando a la SALA LABORAL DEL TRUBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÀ , se sirva revocar la sentencia impugnada y que en le evento de que decida acoger la apelación de la parte actora, se tenga encuetan que la indexación delas mesadas pensionales cantidad por le señor juez riñen con los intereses moratorios que se deprecan y que deben pues a la condena de uno de ellos dos en el evento en que se confirme la sentencia. En esos términos dejo presentado mi recurso, señoría muchas gracias"

descontar de ese monto los aportes a seguridad social en salud, pero absolvió a la encartada de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, Lo anterior tras considerar que la demandante cumple con los requisitos para obtener la pensión reclamada, particularmente la dependencia económica respecto del causante. Frente a los intereses moratorios determinó que ante la condena a la indexación del retroactivo pensional, el reconocimiento de intereses moratorios, correspondería a una doble sanción a la demandada, en tanto dichos réditos incorporan la actualización de la moneda.

Pues bien, no es motivo de controversia en esta instancia que el deceso del causante, señor MANUEL ENRIQUE VÁSQUEZ ALARCÓN, acaeció el 8 de agosto de 2016 conforme al registro civil de defunción aportado (expediente digital, archivo *"2018-576 con sentencia.pdf", página 22),*como tampoco que la señora Ana Mariela Alarcón de Vásquez ostentaba la calidad de progenitora del causante, circunstancia que además se constata con la documental visible a folio 21 ibídem.

Así pues, inicialmente ha de señalarse, por haber fallecido el afilado el 8 de agosto de 2016, el asunto debe estudiarse bajo los lineamientos de la Ley 797 de 2003[3] y en virtud el principio de consonancia, procede la Sala a resolver los motivos de inconformidad expuestos por los recurrentes.

En ese orden, en relación con la dependencia económica que debía ostentar la madre del de cujus, al tenor de lo consagrado en el literal d) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003: *"A falta de*

---

[3] "*Artículo 12. El artículo 46 de la ley 100 de 1993 quedará así:*

Artículo 46. Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,
2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:
(…)
Artículo 13. Los artículos 47 y 74 quedarán así:

Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:
(…)
d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de forma total y absoluta de este; Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-111 de 2006"

cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de forma total y absoluta de este". Sea lo primero precisar, la sentencia C-111 de 2006, declaró inexequible la expresión "de forma total y absoluta", aspecto sobre el cual ha tenido oportunidad de pronunciarse la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como en sentencia proferida dentro del radicado No. 31873, del 23 de enero de 2008[4], reiterada más recientemente en la sentencia SL6390-2016, donde textualmente señaló:

---

[4] *"En este sentido vale anotar que la conclusión final del juzgador de segundo grado fue la atinente a que la ayuda suministrada por el señor José Rincón Zuluaga a su progenitora era determinante y por ello se cumplía el presupuesto de la dependencia económica, según la sentencia de esta Sala de 8 de abril de 2003, pues expuso que* ***la dependencia económica no es un aspecto absoluto, ya que la ayuda o el apoyo de los hijos hacia los padres puede ser parcial, sin perjuicio de que éstos se procuren algunos ingresos adicionales para su digna subsistencia, siempre que tales ingresos no se conviertan en autosuficientes***.

Tales apreciaciones se ajustan a la jurisprudencia relacionada con el concepto de la dependencia económica, que no se desvirtúa por la circunstancia de que la ayuda o apoyo del hijo hacia sus progenitores sea parcial y complementaria a la de otros ingresos precarios, insuficientes para procurarse lo necesario para llevar una vida digna; de manera que ***la dependencia económica no pugna con la existencia de otros auxilios económicos o de otra naturaleza que reciban los padres por parte de otras personas, que les permitan mejorar sus condiciones de vida, siempre que, como ya se anotó, no los convierta en autosuficientes económicamente****. Sobre el Tema la Corte reitero el criterio reseñado en sentencia de 7 de febrero de 2006, radicada con el número 25069, en la que se dijo, lo siguiente:*
"Quedó dicho que según el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, los padres son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes cuando dependían económicamente de él.

"La falta de una definición legal de la dependencia económica y la declaratoria de nulidad de la norma reglamentaria que pretendió hacerlo con antelación a la Ley 797 de 2003, determinó la necesidad de fijar su alcance por vía jurisprudencial. En esa labor interpretativa es evidente que mientras la sentencia de casación del 26 de septiembre de 2000 consideró que la dependencia debía ser total, ***la del 19 de marzo de 2004 atenuó el rigor de ese concepto y le indicó al juez laboral que podía aceptar como dependencia económica aquellos casos en que el trabajador fallecido hubiere contribuido con otros a la subsistencia de sus padres****.*

"La actual orientación doctrinal de la Sala opta por el segundo de los criterios y por ello se impone acoger aquí lo expuesto entre otras, ***en la sentencia del 30 de agosto de 2005, radicación 25919, en la que al reiterar el discernimiento expuesto en la sentencia del 8 de abril de 2003, radicación 19772****, que es diferente al que adoptó el Tribunal, se explicó lo que a continuación se transcribe:*

"Le atribuye el recurrente al Tribunal la interpretación errónea del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en cuanto al sentido que le concede a la dependencia económica como condición que deben reunir los padres, como miembros de grupo familiar del afiliado fallecido, para ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes.

"Para el Ad quem no se cumple el requisito de dependencia económica cuando el padre depende de dos hijos, aseveración que supone que ésta sea exclusiva, en clara oposición a lo que ha enseñado reiteradamente la Sala en el sentido de que ***"la configuración de la dependencia a que alude la disposición legal no se desvirtúa por la circunstancia de que la ayuda o apoyo del hijo hacía sus progenitores sea parcial; es decir, la exigencia legal no supone que la dependencia económica sea absoluta porque bien puede ocurrir que los padres se procuren algunos ingresos adicionales para reunir los requeridos para una digna subsistencia" (sentencia de 8 de abril de 2003, rad.19772)****.*

"Según la exégesis de la Sala ***la configuración de la dependencia a que alude la disposición legal no se desvirtúa por la circunstancia de que la ayuda o apoyo del hijo hacía sus progenitores sea parcial y complementaria a la de otros ingresos precarios, que por si no basten para proveerse de lo necesario para llevar una vida digna; la dependencia económica del beneficiario, según ha sido concebida por la Corte, no riñe con emolumentos, ayudas o provechos para la subsistencia siempre y cuando éstos no los***

> *"Es cierto que a partir de la sentencia C-111/2006 de la Corte Constitucional, la dependencia económica no tiene que ser total y absoluta; lo cual, quiere decir que si bien debe existir una relación de sujeción de los padres en relación con la ayuda pecuniaria del hijo, tal situación no excluye que aquellos puedan percibir rentas o ingresos adicionales,* ***a condición que estos no sean suficientes para garantizar su independencia económica, es decir, que esas rentas no alcancen a cubrir los costos de su propia vida*** *(CSJ SL400- 2013, CSJ SL816-2013, CSJ SL2800-2014, CSJ SL3630- 2014, CSJ SL6690-2014, CSJ SL14923-2014*)" (negrillas fuera del texto original)

De conformidad con lo anterior habrá de determinarse si el causante prestaba apoyo o colaboración económica a su señora madre y si ésta carecía de ingresos propios que la hicieran económicamente autosuficiente a efecto de resolver la controversia traída a los estrados.

Al respecto, rindió interrogatorio de parte la demandante ANA MARIELA ALARCÓN DE VÁSQUEZ *(expediente digital, carpeta videos audiencia 08-02-2022, audio 2.Audiencia Virtual, record.09:42)*, Relató tuvo 3 hijos, han fallecido dos, Héctor Fabio, que falleció en el año 2012, Manuel Enrique Vásquez con quien vivía y quien *"veía"* por ella, pero también falleció en agosto de 2016. Su otro hijo José Ignacio no le colabora porque tiene obligaciones, es viuda, tiene una vivienda de su propiedad y percibe una suma por arriendo de parte del inmueble.

Declaró el testigo ABRAHAM VARGAS QUINTERO *(expediente digital, carpeta videos audiencia 08-02-2022, audio 3.Audiencia Virtual, record.00:23)*, Conoce a la demandante hace alrededor de 45 años; es su cuñada. Relató Ana Mariela fue casada con José Vásquez Restrepo y tuvieron tres hijos Héctor Fabio, José Ignacio y Manuel Enrique; Fabio y Manuel Enrique son ya fallecidos. En la casa vivía con José Ignacio y Manuel Enrique; éste último vio siempre por ella, él manejaba un bus urbano de una empresa; desconoce su salario porque debido a su trabajo casi no los visitaba. Le consta que Manuel Enrique siempre vivió con la demandante, no era casado ni tenía hijos, Manuel pagaba los servicios y mercaba para la casa, para entonces el esposo de la demandante ya había fallecido; le

---

convierta en autosuficientes económicamente*, situación que hace desaparecer la subordinación que predica la norma legal.*

"Planteada la controversia jurídica en los anteriores términos, para la Sala es claro que le asiste razón al recurrente por cuanto las disposiciones de la Ley 100 de 1993 que se denuncian como quebrantadas en modo alguno consagran que la dependencia económica de los padres frente a los hijos, que da lugar a la pensión de sobrevivientes, debe ser absoluta y total". (Resaltos de la Sala).

constan estos pormenores porque su esposa era hermana de la demandante y se contaban esas cosas. Le consta que la demandante no podía trabajar debido a problemas de salud, luego de la muerte de Manuel Enrique, la demandante hizo unas reparaciones a una habitación y la arrendó para poder tener algún ingreso.

Declaró el testigo JOSE ORLANDO RUEDA *(expediente digital, carpeta videos audiencia 08-02-2022, audio 4.Audiencia Virtual, record.00:12)*, conoce a la demandante hace alrededor de 35 años; un tiempo vivió en la casa con Mariela y Manuel y además fue compañero de trabajo del causante. Le consta que con ella vivió el esposo Manuel Vásquez y los tres hijos en el barrio Bello Horizonte. El esposo de la señora, falleció hace como 25 años, Fabio el hijo mayor hace unos 8 o 9 años, Manuel falleció hace unos 6 años y José Ignacio conformó un hogar y hace poco salió del país. Le consta que Manuel Enrique trabajó como conductor de bus en una empresa por unos 12 a 15 años.

Para la época de su muerte, el causante vivía con la demandante, para entonces Manuel sufragaba los gastos de la casa porque doña Mariela tiene problemas del corazón y no puede trabajar y era el único que estaba soltero. Ellos vivían en casa propia, pero había que pagar los servicios, hacer mercado y suplir los gastos del hogar. Le consta que el dinero para sufragar esos gastos provenía del salario de Manuel Enrique; él recibía su sueldo y lo gastaba en las necesidades de la casa y dejaba para sus gastos personales; Le consta porque vivía en el mismo sector y a diario tenía contacto con ellos; sin embargo desconoce cuál era el monto exacto que el causante dedicaba a los gastos familiares. Le consta que al final de sus días, Manuel Enrique estuvo como cuatro meses hospitalizado y los gastos los cubrió la EPS; luego de la muerte del afiliado, la señora Mariela tuvo que arrendar una habitación de su casa para obtener ingresos. Actualmente visita a la demandante aproximadamente una vez al mes. Tiene conocimiento que la demandante era beneficiaria en salud de su hijo Manuel.

Así pues, en relación con la declaración de Abraham Vargas Quintero, respecto a la cual, la apoderada de la parte demandada manifestó no ofrece credibilidad, advierte la Sala, que como lo resalta la censura, el mismo declarante afirmó que su conocimiento deviene en su mayoría de los comentarios que le hacía su esposa, quien fue hermana de la aquí demandante y que no visitaba con regularidad a la demandante y su familia, debido a su trabajo como conductor

fuera de la ciudad, situación en efecto le resta valor probatorio a sus afirmaciones, debido a que su conocimiento de los hechos no fue directo sino de referencia.

Sin embargo, en consideración de la Sala, la declaración de JOSÉ ORLANDO RUEDA a juicio de la Corporación goza de plena credibilidad como quiera que el testigo percibió los hechos sobre los cuales declaró, de manera directa y personal, se mostró conocedor de circunstancias personales de la vida familiar de la demandante y el causante y fue certero en sus afirmaciones, dando cuenta de la colaboración económica que brindaba Manuel Enrique Velásquez Alarcón (q.e.p.d) a su madre, quien mensualmente repartía su salario como conductor de bus entre sus gastos personales y las necesidades de su progenitora con quien vivió hasta su fallecimiento, quien conforme señaló el testigo, no podía trabajar debido a los quebrantos coronarios que la aquejaban, precisando, el dicho del señor José Orlando Rueda no se muestra parcializado ni con el ánimo de favorecer a la demandante; contrariamente concuerda con la versión entregada por la demandante en su interrogatorio y también con la certificación expedida por Cafesalud que se aportó con la demanda (expediente digital, archivo *"2018-576 con sentencia.pdf", página 27)*, donde consta que Manuel Enrique Vásquez Alarcón tenía como su beneficiaria en salud a la señora Ana Mariela Alarcón de Vásquez desde el 27 de agosto de 2009, fecha mucho anterior a la de su fallecimiento (8 de agosto de 2016).

En este sentido, debe precisar la Sala que el hecho de ser propietaria de un inmueble no necesariamente resulta indicativo de independencia económica, pues más allá de tal calidad, la demandante no contaba con ningún recurso económico propio que le permitiera sustentarse. Ahora, los aportes adicionales que según el INFORME DE INVESTIGACIÓN efectuado a través de la empresa CONSULTORIAS DEBIA S.A.S. (fls. 87 a 116), recibía la demandante de su hijo Ignacio no la hacían autosuficiente económicamente, pues según las declaraciones vertidas a instancias de dicho informe eran esporádicas; tampoco resulta indicativo de capacidad económica el ingreso de $300.000,oo que la demandante afirmó recibir por el arriendo de parte de su inmueble, suma con la que según el testigo José Orlando Rueda, ha tratado de sobrevivir desde la muerte de su hijo Manuel Enrique, razones por las cuales pese a que no se demostró en juicio la cifra puntual de la ayuda que recibía la promotora de litigio, si quedó claro que su hijo Manuel Enrique Vásquez Alarcón (q.e.p.d.) era quien

en mayor parte asumía de forma permanente los gastos de su progenitora, por ende después de su muerte evidentemente se desmejoró la condición socio económica de la demandante.

A éste respecto, es menester traer a colación pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, en el cual se consignan los lineamientos a seguir a la hora de examinar el requisito de dependencia económica exigido para acceder a la pensión de sobrevivientes, plasmado en la Sentencia SL1458-2015 proferida dentro de la Radicación No. 45085, del 11 de febrero de 2015, señalando en lo que aquí interesa:

> *"Valga recordar lo que ha adoctrinado esta Sala, al expresar que la dependencia económica, exigida por la ley, debe confluir en los hijos del pensionado o afiliado, al momento del fallecimiento de éste, pues es precisamente el riesgo de orfandad lo que cubre la pensión de sobrevivientes o la sustitución pensional, como en este caso, respecto de aquellos dependientes del fallecido que carecen de medios para su propio sustento, por encontrarse imposibilitados para trabajar, por salud o estudios (sentencia CSJ SL, 1º nov. 2011, rad. 44601).*
>
> *(...)*
>
> *Aunado a lo anterior, se ha de precisar que la Sala tiene establecido el criterio según el cual, la existencia de una prestación periódica en cabeza del beneficiario per se no implica que desaparezca la dependencia económica y que se excluya la posibilidad de acceder a otra, si no se demuestra que la que ya disfruta lo convierte en autosuficiente económicamente (sentencia de 24 de mayo de 2011, rad. N° 37595).*
>
> *Esa posición doctrinaria la comparte la Corte Constitucional en la sentencia C-111 de 2006, al fijar algunas pautas para determinar la dependencia económica así:*
>
> ***1.*** *Para tener independencia económica los recursos deben ser suficientes para acceder a los medios materiales que garanticen la subsistencia y la vida digna.*
>
> ***2.*** *El salario mínimo no es determinante de la independencia económica*
>
> ***3.*** *No constituye independencia económica recibir otra prestación. Por ello, entre otras cosas, la incompatibilidad de pensiones no opera en tratándose de la pensión de sobrevivientes como lo reconoce expresamente el artículo 13, literal j, de la Ley 100 de 1993.*
>
> **4.** ***La independencia económica no se configura por el simple hecho de que el beneficiario esté percibiendo una asignación mensual o un ingreso adicional.***
>
> ***5.*** ***Los ingresos ocasionales no generan independencia económica. Es necesario percibir ingresos permanentes y suficientes.***
>
> ***6. Poseer un predio no es prueba suficiente para acreditar independencia económica****. (Resalta la Sala)*

> *Significa lo dicho, que el juicio que hizo el fallador de segundo grado, según el cual: (i) los ingresos que recibía el demandante no impedían predicar la dependencia en tanto ésta no debía ser total y absoluta; (ii) que estaba subordinado para su subsistencia a la ayuda que recibía de su madre, y, (iii) que debido a ello se daba el requisito de la dependencia económica, lo que permitía dispensar el derecho pensional a la luz de la L. 100/1993, art. 47, modificado por la L. 797/2003, art. 13, no puede estimarse desacertado, ni la aplicación indebida de la norma que denuncia el recurrente".*

Adicional a lo anterior, tiene sentado la Corte Suprema de Justicia, que la dependencia económica debe determinarse de acuerdo a las circunstancias presentadas en cada caso en particular, como así lo señaló en sentencia SL8406 del 1º de julio de 2015, en la que textualmente se consideró:

> *"…si bien la dependencia económica de los padres con respecto de sus hijos no tiene que ser total y absoluta, si debe ser un verdadero sustento económico importante para resolver las necesidades de la familia que, de no tenerlo afecte la vida digna que se procura (sentencia CSJ SL4811 – 2014).*
>
> *Lo advertido, por cuanto la dependencia económica es una situación que debe ser definida en cada caso particular y concreto, en tanto que si los ingresos que perciben los progenitores de otras fuentes, son suficientes para satisfacer las necesidades relativas a su sostenimiento, no se configura el presupuesto que exige la norma para poder acceder a la prestación económica objeto de debate. De ahí que sí resulte necesario establecer, no solo en qué consistía y si no a cuánto ascendía la ayuda o el aporte que hacía el causante en vida, para en perspectiva de esa situación poder determinar si era significativa e importante, ya que no es suficiente la regular y simple colaboración de un buen hijo a sus padres para poder predicar la dependencia económica exigida.*
>
> *Así las cosas, no es cualquier estipendio, ayuda o colaboración que se otorgue a los progenitores, el que tiene la virtualidad de configurar la subordinación económica que se requiere para ostentar la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, sino aquel que tiene la connotación de ser relevante, esencial y preponderante para el mínimo sostenimiento de la familia, en tanto la finalidad prevista por el legislador para obtener la referida prestación, es la de servir de amparo para quienes se ven desprotegidos ante la muerte de quien les colaboraba realmente a mantener unas condiciones de vida determinadas".*

Así las cosas, el dinero que aportaba el señor MANUEL ENRIQUE VÁSQUEZ ALARCÓN a su progenitora, no correspondía a la regular y simple colaboración de un buen hijo hacia sus padres, sino por el contrario, era determinante para su sostenimiento, dado que conforme lo señaló el testigo José Orlando Rueda, el causante invertía su salario en los gastos de la casa y solo reservaba algo para sus gastos personales precisando, su aporte era de carácter permanente y con éste se suplían los gastos del hogar conformado por aquel y la demandante, a quien desde mucho antes de su fallecimiento, tenía afiliada en salud en calidad de beneficiaria, todo lo cual permite predicar la dependencia económica que

ostentaba la aquí demandante respecto del causante, que más allá de la presunción de un auxilio a su progenitora, a juicio de la Sala corresponde a un aporte definitivo para la subsistencia de la demandante.

En los anteriores términos, al configurarse el requisito de dependencia económica de la actora respecto del causante, extraído de la prueba testimonial recaudada valorada bajo las reglas de la sana crítica se cumplen los presupuestos para la procedencia del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes anhelado, en consecuencia deberá confirmarse en este sentido la sentencia de primer grado y como quiera que la parte actora no presentó inconformidad en relación con el monto de la mesada ni el valor del retroactivo, en aplicación del principio de consonancia a que ya se hizo alusión, no habrá lugar a emitir ningún pronunciamiento en este sentido.

En lo que hace a los intereses moratorios, respecto de los cuales solicita la parte accionante se condene a la demandada, a juicio de la Sala en el caso de autos no es procedente su imposición, en virtud de lo expuesto en la Sentencia SL 787-2013 Radicación No. 43602 del 6 de noviembre de 2013[5], como quiera que se presentó un debate fáctico jurídico razonable y solo hasta éste fallo se determinó que le asiste el derecho a la accionante para acceder a la prestación, en calidad de beneficiaria, para lo cual fue necesario acudir al acervo probatorio recaudado, y en esa medida existían razones atendibles que aunque no son compartidas por la Sala de decisión, justifican la omisión en el reconocimiento, y en ese orden se absolverá de ésta pretensión.

No obstante se confirmará la orden del a quo relativa a la indexación del retroactivo pensional, como quiera que entre la fecha en que se está reconociendo

---

[5] *"La Sala como consecuencia de su nueva integración ha considerado pertinente moderar esta posición jurisprudencial, para aquellos eventos en que las actuaciones de las administradoras de pensiones públicas o privadas, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que les es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan no les compete y les es imposible predecir. Entiende la Corte que la jurisprudencia en materia de definición de derechos pensionales ha cumplido una función trascendental al interpretar la normativa a la luz de los principios y objetivos que informan la seguridad social, y que en muchos casos no corresponde con el texto literal del precepto que las administradoras en su momento, al definir las prestaciones reclamadas, debieron aplicar por ser las que en principio regulaban la controversia; en esas condiciones, no resulta razonable imponer el pago de intereses moratorios porque su conducta siempre estuvo guiada por el respeto de una normativa que de manera plausible estimaban regía el derecho en controversia. Máxime que en Colombia el control difuso que es el que opera en las excepciones de inconstitucionalidad está a cargo de los jueces y no de las administradoras".*

la prestación y la calenda en que se paguen las mesadas adeudadas, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dichos valores han perdido poder adquisitivo.

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

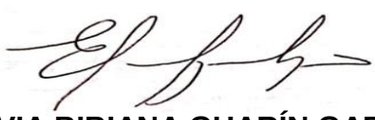
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo analizado en la parte motiva de esta providencia.

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 GLORIA MARIELA BAYONA LÓPEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., SKANDIA S.A. Y PORVENIR S.A (RAD. 17 2019 00759 01)

Bogotá D.C. treinta (30) de junio 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 GARCÍA en su calidad de representante legal de la firma ARANGO GARCÍA ABOGADOS ASOCIADOS.

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos por Colpensiones, Porvenir y la demandante, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 13 numeral primero de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por SKANDIA S.A., PORVENIR 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 12 de mayo 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 1:00:24, carpeta video audiencia 12-05-2022, archivo aud. Virtual 759-2019, expediente digital),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS*** *las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho novicia el consentimiento y prescripción, propuestas por las demandadas, en la forma advertida en la parte motiva de esta sentencia.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR*** *que el traslado de la señora GLORIA MARIELA BAYONA LÓPEZ identificada con la C.C. 51.855.732, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, administrado por COLFONDOS S.A., fue ineficaz, y por consiguiente no produjo efectos jurídicos.*
>
> ***TERCERO: DECLARAR*** *que la demandante, señora BAYONA LÓPEZ 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 nuevamente, sin solución de continuidad, según lo analizado en precedencia.*
>
> ***CUARTO: ORDENAR*** *a la administradora de fondos de pensiones PORVENIR S.A., como actual administradora de la demandante, de fondos de pensiones de la demandante, trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado de la demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si a ello hubiere lugar, traslados de dineros efectuados por las otras AFP, todo lo anterior con sus rendimientos e intereses, y sin autorizar a PORVENIR S.A., a mantener o conservar los gastos de administración, los cuales deberán ser asumidos de su propio patrimonio.*
>
> ***QUINTO: ORDENAR*** *a las codemandadas SKANDIA S.A., y COLFONDOS S.A., a trasladar también los gastos de administración que en su momento descontaron, los cuales deberán ser asumidos por cada una de su propio patrimonio. Estos deberán ser devueltos a COLPENSIONES para efectos de garantizar la sostenibilidad del sistema de esa entidad.*
>
> ***SEXTO: ORDENAR*** *a COLPENSIONES recibir el traslado de fondos que efectúen las demandadas a favor de la demandante y convalidarlos en su historia laboral.*
>
> ***SÉPTIMO: CONDENAR EN COSTAS*** *a las demandadas. En firme esta sentencia, por Secretaría practíquese la liquidación, incluyendo agencias en derecho por valor de $800.000, a cargo de cada una.*
>
> ***OCTAVO: SE DISPONE*** *la consulta de esta sentencia con la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de este Distrito Judicial, a*

> *favor de COLPENSIONES. Remítase el expediente al Superior, una vez concluya la presente diligencia"*

Inconforme con la decisión los apoderados judiciales de las demandadas SKANDIA S.A., PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES la apelaron.

En primer lugar, la apoderada de SKANDIA S.A. solicitó se revoque la condena que se impuso a su representada de devolver las sumas descontadas por gastos de administración. Al efecto reparó en que en el régimen de ahorro individual como en el de prima media se hace un descuento dedicado a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros y las primas de seguros de invalidez y sobrevivientes.

Consideró, si bien las pretensiones de la demanda giraron en torno a la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la consecuencia de dicha ineficacia es el regreso automático de las cosas al estado inicial, por lo que debe hacerse una ponderación objetiva en cuanto a restituciones mutuas, confianza legítima y buena fe.

Reparó en que la comisión de administración no tiene como finalidad financiar la pensión de vejez y, ordenar la devolución de ese concepto a COLPENSIONES, sería generarle un enriquecimiento sin causa porque estaría recibiendo un dinero sin haber realizado ninguna labor de administración. Su representada cumplió con el deber de generar a la demandante una rentabilidad mínima, por lo que tampoco resulta procedente reintegrar la comisión por administración, sin dejar de lado que esta condena genera una afectación patrimonial a su representada.[1] (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., récord 1:03:34).*

---

[1] *"**APODERADA SKANDIA S.A. (1:03:34):** Gracias señor juez me permito presentar e interponer recurso de apelación específicamente la condena a mi representada para devolver el dinero que se le descontó a la demandante por concepto de cuotas o gastos de administración, mi recurso lo sustento primero en el artículo 20 de la ley 100 del 93, en el cual puntualmente se especifica o se indica que tanto en el régimen de prima media con prestación definida como el régimen de ahorro individual, se va a destinar a financiar unos gastos, a financiar perdón unos gastos de administración, la prima de reaseguros de FOGAFIN y las primas de seguro de invalidez y sobrevivientes específicamente pues esta parte en el régimen de ahorro individual.*

Adicionalmente, en el Decreto 692 de 1994 en su artículo 36, nos habla de la distribución de las cotizaciones, ISS y las caja fondos o entidades de previsión mientras no se ordene su liquidación deberán llevar cuentas separadas de las reservas para la pensión de vejez y de gastos de administración. Si bien es cierto, las pretensiones de la demanda giraron en la ineficacia de la

A su turno, la apoderada de PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación señalando que el traslado inicial de la demandante se hizo con COLFONDOS y además demostró su voluntad de permanecer en el RAIS como se evidencia con los siete formularios de afiliación que suscribió.

Estimó, COLFONDOS si le proporcionó a la actora la debida información y los siete traslados horizontales le permitieron crear un criterio respecto a estar o no vinculada en el RAIS, pues interactuó con varios asesores durante más de 20

---

afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la consecuencia de esta es el regreso automático de las cosas al estado inicial, es importante entonces que se tenga en cuenta o se realice una ponderación objetiva en cuento a los conceptos de restituciones mutuas, confianza legítima, la buena fe que ostenta, o que ostentó mi representada SKANDIA.

En primer lugar, entonces es importante indicar que mi representad durante el tiempo que fue la administradora de pensiones de la demandante cumplió o actuó de buena fe dentro de toda la relación contractual que estuvo del periodo del 2009 al 2010.

Lo segundo que quiero indicar es que la comisión de administración, esta direccionada a retribuir todas las actividades que desarrollaron las instituciones que conforman el sistema general en pensiones dentro de las cuales se encuentra obviamente mi representada, esta comisión de administración es importante tener en cuenta que no es del afiliado, y tampoco está destinada a financiar una pensión de vejez, porque en los dos regímenes pensionales la ley dispone que este porcentaje es a favor de las administradoras de pensiones, entonces al ser así ordenarle a mi representada que devuelva este dinero a COLPENSIONES, sería genérale a esta última entidad un enriquecimiento sin justa causa y sobre todo un pago de lo no debido, porque esta entidad estaría recibiendo un dinero del cual no ha realizado ningún tipo de función de administración, conforme a la ley.

Finalmente, también quedó acreditado con las pruebas documentales que se adjuntaron a la contestación de la demanda, que mi representada cumplió con generarle una rentabilidad mínima, acorde pues con unas directrices legales y que emite la Superintendencia Financiera, por ende entonces tampoco resulta procedente tener que reintegrar esta comisión de administración, cuando en el ejercicio legítimo de unas obligaciones que estuvieron vigentes por un periodo específico, mi representada cumplió con estas obligaciones.

Básicamente entonces, como lo indique también en los alegatos, al no generarse o al generarse, o al no generarse, perdón, un perjuicio o una afectación con la afiliación de la demandante con mi representada y ordenarse por parte del despacho devolver un dinero que se descontó por concepto de cuotas o gastos de administración si se estaría generando pues un digamos una afectación de tipo patrimonial o económico a mi representada, porque tendría que tomar dineros de su propio patrimonio para cumplir con esta obligación, pues que obviamente se cumplirá si en segunda instancia se confirme y en el momento en quede ejecutoriada.

Básicamente entonces es en este punto donde dejo sustentado mi recurso de apelación, solicitando de forma respetuosa al Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral revoque la sentencia en este punto en concreto respecto de mi representada. Gracias".

años y conocía la información que se le proporcionaba en los extractos porque es especialista en finanzas.

Reparó en que para la fecha en que se efectuó el traslado, no se podía hablar del deber de buen consejo o que debieran realizarse proyecciones pensionales, lo que se dispuso mediante normas que datan del año 2014 y la doble asesoría desde el año 2015.

Solicitó se tenga en cuenta que la demandante estuvo vinculada en varias AFPS desde el año 1994 y curiosamente en ninguna de las entidades presentó inconformidad por falta de información; contrariamente estas afiliaciones demuestran de manera inequívoca su aceptación del Régimen de Ahorro Individual. Consideró la línea jurisprudencial en la materia fue creada a partir de casos de personas que estaban amparadas por el régimen de transición, por lo que no hay identidad fáctica en el presente caso.

Finalmente recordó que la Superintendencia Financiera ha establecido que cuando proceda la ineficacia del traslado los valores a retornar serán los aportes y rendimientos, mas no los gastos de administración, porque no van a financiar la prestación de vejez. En este sentido resaltó, su representada administró eficientemente los recursos de la demandante[2] *Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., récord 1:07:46).*

---

[2] *"**Apoderada PORVENIR (1:07:46):** Muchas gracias su señoría, estando dentro de la oportunidad procesal pertinente me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia, como quiera que si bien no se indicó que la ineficacia se hubiera dado con la ocasión al traslado de régimen que hubiera tenido con PORVENIR, porque el traslado se hizo con COLFONDOS, es preciso señalarle al Tribunal que no procedería la declaratoria de ineficacia en este caso, como quiera que no cumple con los requisitos que se refieren en el artículo 271 de la ley 100 del 93, y esto es que debe verificarse si existen actos que impiden o atentan en contra de la libertad del afilado o trabajador, y en este caso lo que se exhibió con claridad es que la demandante suscribió en siete oportunidades formularios de afiliación, de manera libre y voluntaria que demostraban su conformidad con el RAIS.*

Ahora contario a interpretar que COLFONDOS no le hubiera proporcionado una información, lo que se debe deducir es que si se proporcionó, porque reiteró en siete oportunidades decidió pertenecer al RAIS, lo que le permitió crear un criterio a la demandante respecto de esta afiliada o no al RAIS, interactuó con varios asesores durante más de 20 años, y conocía e interpretaba fácilmente lo que contenían los extractos pensionales y la información que se le proporcionaba, como quiera que es especialista en finanzas, luego no estamos ante la afiliada lego.

También, es preciso señalarle al Tribunal que se debe indicar que para la fecha en que se realiza el traslado de régimen no se puede hablar del buen consejo o que hubiera sido obligatorio realizar proyecciones pensionales, porque recordemos que estas normas datan del 2014 en

El apoderado de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación frente a la condena en costas que le fue impuesta a la entidad. En ese sentido solicitó se tenga en cuenta conforme a la ley, la demandante ya no se podía trasladar y ello ocurrió únicamente por virtud de esta decisión judicial, por lo que COLPENSIONES es un tercero de buena fe que no debe ser condenado en costas[3] *Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., récord 1:13:11).*

---

adelante, y la ley ultra activa y no retroactiva. Tampoco que hubiera sido obligatorio realizar una doble asesoría para la fecha de la afiliación, pues ninguna afiliación se hizo en el año 2015, y esta doble asesoría nace con el decreto 2071 de 2015. Ahora es un hecho adjetivamente demostrable que de manera libre, durante el tiempo de vinculación con mi representada en dos oportunidades, en el 2002, y 2010, ella permitió que se realizaran descuentos con destino al fondo que representó, conducta que pues ya la honorable Corte Suprema de Justicia sala laboral ha considerado como la verificación de la voluntad del afiliado y esta situación fue ratificada a través de la sentencia bajo radicado 47237 del 6 de abril de 2016.

Así mismo, solicito al Tribunal que considere que la demandante se vinculó a varias administradoras fondos privados, como ya lo he mencionado desde el 94, dentro de las cuales se encuentra OLD MUTUAL, COLFONDOS y PORVENIR, en siete oportunidades y curiosamente en ninguna de ellas expresó inconformidad por falta de información y por el contario sus afiliaciones demostraban de manera inequívoca su aceptación con el régimen de ahorro individual, y solo después de 28 años pretende hacer valer un presunto vicio en el consentimiento y pretende la declaratoria de la ineficacia.

Ahora si bien en una línea jurisprudencial bien conocida por todos respecto del deber de información, es importante traer a colación que esas sentencias fueron estudiadas con actores que estaban amparados por el régimen de transición y ya se ha hablado ampliamente que no importa si está amparado por el régimen de transición o no, vuelven y se estudian con actores que están amparados. Luego realmente no hay una entidad fáctica con el caso que nos ocupa y por eso varios magistrados han aclarado y salvado voto.

Finalmente, respecto a la condena de gastos de administración se debe recordar al Tribunal que la Superintendencia Financiera de Colombia ya ha indicado taxativamente en el momento en que proceda la nulidad o la ineficacia del traslado, pues los valores a retornar serán los aportes de la cuenta y los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, es decir, lo que se dispuso en el artículo 113, literal b. de la ley 100 de 1993, de la lectura de esa norma pues no se evidencia que se hablen de gastos de administración, ¿y por qué no?, pues porque claramente estos gastos de administración no van a financiar la prestación de vejez, y por ende no es parte integra de esta prestación y lo más importante porque mi representada administró eficientemente y se evidencia claramente en los extractos que se le generó un rendimiento muy superior a los valores que ella aportó y pues claramente se ve beneficiada. Adicional, a pues como lo mencione en los alegatos de conclusión también realizó aportes voluntarios, se ve beneficiada ante la DIAN. En ese sentido, solicito al honorable Tribunal Superior de Bogotá revoque la sentencia de instancia y en su lugar absuelva a mi representad de todas y cada una de las pretensiones. Muchas gracias".

[3] *" **Apoderado COLPENSIONES (1:13:11):** Gracias su señoría en la etapa pertinente presento recurso de apelación contra la sentencia dictada por su honorable despacho, específicamente por la condena en costas. Señores magistrados del Tribunal Superior de Bogotá debe indicar que dicha condena en costas no procede, todas vez que hay que mirar la naturaleza del proceso, toda vez que COLPENSIONES es vinculada o es codemandada en este proceso, toda vez que la*

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 subsanación (carpeta 01PrimeraInstancia, subcarpeta C01Principal, archivo 2019-759 con sentencia.pdf, páginas 153 y 154*, expediente digital)* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo *(páginas 154 a 156, ibídem)*, aspirando se declare la ineficacia del traslado realizado por la demandante a COLFONDOS por la omisión del deber de información; se ordene anular los traslados entre administradoras del RAIS; se ordene a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, se ordene a COLPENSIONES recibir a la actora sin solución de continuidad y proceda a corregir y actualizar su historia laboral, 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 PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos y bonos pensionales si los hubiera y ordenó a Porvenir S.A., Skandia S.A. y Colfondos S.A., trasladar los gastos de administración que en su momento descontaron. Lo anterior tras considerar que,

---

administradora de régimen de prima media que actualmente administra dicho régimen. Señores magistrados de acuerdo a la naturaleza de este proceso pues COLPENSIONES es que esta demandada en este proceso, frente a la oposición que hace COLPENSIONES al decreto demandatorio lo hace de acuerdo a la ley, pues la señora demandante está en limitante de edad que nos indica el artículo 13, literal b de la ley 100 del 93, toda vez que con la edad que tiene la demandante no se podría trasladar si no es por medio de una decisión judicial, toda vez en este caso sería por la decisión del señor juez o del Honorable Tribunal en caso de confirmar la decisión del traslado.

En esos términos solicitaría se revoque la condena en costas, toda vez que COLPENSIONES es un tercero de buena fe y no debe ser condenado en costas, y se evite condenar en costas en segunda instancia. Gracias señores magistrados".

con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada COLFONDOS 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 9 de noviembre de 1964 (*carpeta 01PrimeraInstancia, subcarpeta C01Principal, archivo 2019-759 con sentencia.pdf, páginas 94, expediente digital)* por lo que a 1° de abril de 1994 contaba con 29 años y los 57 años de edad los cumplió el mismo día y mes del año 2021, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante COLFONDOS S.A., SKANDIA S.A.,PORVENIR S.A. y COLPENSIONES el 23 de octubre de 2019, (*Páginas 106,118,130, 137 carpeta 01PrimeraInstancia, subcarpeta C01Principal, archivo 2019-759 con sentencia.pdf, expediente digital)* esto es, cuando le faltaban menos de diez años para adquirir el derecho pensional -tenía 55 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 16.14 semanas, que corresponden a 0,3 años *(página 216 ibídem),* por lo que

[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".*

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 15 **de mayo de 1994,** efectivo el **01 de junio de 1994** (*Páginas 517 y 518 carpeta 01PrimeraInstancia, subcarpeta C01Principal, archivo 2019-759 con sentencia.pdf, expediente digital)),* por afiliación que hiciera a COLFONDOS 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 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

[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

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

---

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.

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, que en el año 1994, su empleador les sugirió el cambio al régimen de ahorro individual y con tal motivo recibió una charla de asesores de COLFONDOS, quienes le dijeron que el ISS se iba a acabar, los aportes que allí tenía se iban a perder y en la administradora privada iba a recibir una mejor mesada pensional, pero no fue ilustrada sobre los rendimientos, 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 COLFONDOS S.A., (*Página 520 carpeta 01PrimeraInstancia, subcarpeta C01Principal, archivo 2019-759 con sentencia.pdf, expediente digital)* éste no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir

[7] Audiencia del 19 de abril de 2021, récord 16:12

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.

De igual forma debe precisarse en relación con las apelaciones de PORVENIR, el hecho, que la accionante fuera una persona con formación educativa profesional no implica que *per se* conociera de las ventajas o desventajas de los diferentes regímenes pensionales, y menos aún dicha circunstancia puede conllevar a que se releve a la AFP de suministrar la información correspondiente al momento del traslado

Respecto al comunicado de prensa *(Páginas 342 a 344 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 –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 1994, 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 S.A. omitió en el momento del traslado de régimen **(15 de mayo de 1994,** efectivo el **01 de junio de 1994)** 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 80, Archivo "18 2020-69 fl. 972-1098 contestacion porvenir.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 PORVENIR 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 y gastos de administración, como también la activación de su afiliación por parte de COLPENSIONES en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Debe precisarse en este punto, ante un nuevo estudio del tema y atendiendo la recomposición de ésta Sala de Decisión se confirmará el numeral quinto del fallo de primer grado, en cuanto a que además de lo anterior, COLFONDOS y

SKANDIA también deben devolver a COLPENSIONES los gastos de administración y se adicionará en que tanto éstas como PORVENIR deberán retornar las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia[8], los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades[9], por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a cada uno de 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."***

Igualmente se dispondrá que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

También 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, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, y su imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

[8] Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.
[9] Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

Así lo adoctrinó recientemente la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL359 de 2021, reiterada en la SL859 de 2021. En la primera providencia anotada, el órgano de cierre de esta jurisdicción consideró:

> *"**Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.***
>
> *En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibídem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.*
>
> *Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real."* (Negrillas de la Sala).

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)

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.

En relación con los argumentos de apelación de PORVENIR S.A. y SKANDIA 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 interpuesta por COLPENSIONES[10], a favor de quien se surte la consulta (*página 211, ibídem),* 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

[10] 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 de 5 de febrero de 2021 (*Páginas 355 y 356 carpeta 01PrimeraInstancia, subcarpeta C01Principal, archivo 2019-759 con sentencia.pdf, expediente digital).*

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 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 las citadas entidades, 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 adicionará la sentencia en los puntos anteriormente expuestos y 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: ADICIONAR el ordinal al **QUINTO** del fallo de primer grado, para ordenar a PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A. devolver a COLPENSIONES los gastos de administración y además las comisiones, las

primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente **indexados** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a cada una de esas administradoras, conforme lo considerado.

SEGUNDO: DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

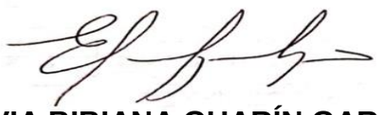
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia proferida por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

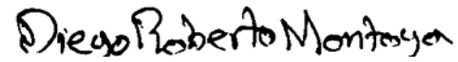
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR EDGAR ENRIQUE BUENO MEDRANO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 18 2019 00768 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Reconocer personería adjetiva al abogado MAURICIO ALEJANDRO CAPERA BERMUDEZ como apoderado sustituto de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por la Dra. MARÍA JULIANA MEJÍA GIRALDO en su calidad de representante legal de la firma Mejía y Asociados Abogados Especializados S.A.S (fl. 5).



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por ambas partes (fls. 5 a 7 y 9 a 10), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 13 numeral primero de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, en virtud de los recursos de apelación interpuestos por ambas partes y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, de la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 28 de febrero del 2022 (*Archivo 1 expediente digital "Audiencia virtual 28 febrero 2022", record 2:08:02)*, en la que se resolvió:

> ***PRIMERO: CONDENAR*** *a la entidad demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES–COLPENSIONES, al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor del señor EDGAR ENRIQUE BUENO MEDRANO, mayor de edad, identificado con la C.C. Nº 19.176.571, a partir del día 01 de julio 2012, en cuantía para el año 2012 de $770.666, y para el año 2022 actualizado $1.126.952, teniendo como una tasa de reemplazo del 84%, así mismo como al pago de las mesadas pensionales ordinarias y adicionales causadas y no pagadas junto con los aumentos de ley, de conformidad con las motivaciones que anteceden.*
>
> ***(sic) CONDENAR*** *a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a pagar las mesadas pensionales comprendidas entre el 5 de noviembre de 2016 fecha en que opero la prescripción parcial hasta el 28 de febrero de 2022 fecha de la presente sentencia en la suma de $70.644.490, por concepto de retroactivo pensional.*
>
> ***TERCERO:.-CONDENAR*** *a la demandada, ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor del señor EDGAR ENRIQUE BUENO MEDRANO, mayor de edad, identificado con la C.C. Nº 19.176.571, la tasa máxima de interés moratorio vigente al momento en que se efectúe el correspondiente pago sobre el importe de las mesadas pensionales atrasadas y no pagadas, desde el 5 de noviembre de 2016 y hasta la fecha en que se haga efectivo el pago del derecho pensional causado, conforme a lo dispuesto en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.*
>
> ***CUARTO: DECLARAR PROBADA*** *parcialmente la excepción de prescripción, relevándose el Despacho del estudio de los demás medios exceptivos, dado el resultado de la Litis.*
>
> ***QUINTO: CONDENAR*** *en costas a la parte demandada, señálense como agencias en derecho la suma de $2.500.000.*
>
> ***SEXTO:*** *Contra la presente providencia procede el recurso de apelación, en caso de que la sentencia no se impugne, remítase ante el Superior a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de Consulta en favor de COLPENSIONES, conforme lo establece el artículo 69 del código procesal del trabajo y de la seguridad social.*

Inconforme con la decisión los apoderados de las partes, interponen recurso de apelación, inicialmente la apoderada del actor señalando su inconformidad respecto de la tasa de reemplazo, pues en su sentir debe ser reconocida en un 90% de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990. Igualmente aduce se le debe otorgar la mesada 14 por cumplir con los requisitos dentro del régimen de transición.

De otro lado solicita no se aplique la prescripción como quiera que se tuvo que hacer solicitudes de corrección de historia laboral y allegar a COLPENSIONES las evidencias para ello, precisando fueron varias las reclamaciones elevadas antes de acudir a la justicia ordinaria, razón por la cual considera no debe contarse la prescripción.

Finalmente expresa se debe hacer una revisión de la liquidación de la mesada pensional tanto con el IBL de los 10 últimos años como con toda la vida laboral,

expresando el demandante cumple con la "*condición más beneficiosa"* y debe otorgarse la mesada que mejor le convenga en cuanto al monto. (*Archivo 1 expediente digital "Audiencia virtual 28 febrero 2022", record 2:16:52)*[1]

COLPENSIONES aduce frente al reconocimiento de las semanas por parte de la Juez de primer grado, que COLPENSIONES realizo la gestión de cobro y fue imposible ubicar al patronal reportado, aduciendo no hay un soporte válido para indicar que existió una relación laboral con esta empresa, por lo que se daría como una deuda presunta donde no hay una certeza de dicha relación, conforme a la ley 1437 de 2011. Indica que también se realizó la revisión de los aportes con la empresa OLIVETTI COLOMBIANA y con otros empleadores evidenciando que existió una simultaneidad de pagos, que no genera tampoco el incremento de las mesadas, todo esto conforme al artículo 81 del decreto 3063 del 89.

Aduce, COLPENSIONES se sujeta a lo reportado y a lo que reposa en los archivos centrales, por lo que reconocer dicha mesada pensional estaría afectando el detrimento económico la cual afectaría a los demás afiliados, quienes han realizado sus debidos reportes y cotizaciones, solicitando se revoque la decisión de primer grado y se absuelva de todas las pretensiones de la demanda. (*Archivo 1 expediente digital "Audiencia virtual 28 febrero 2022", record 2:19:43)*[2]

---

[1] Muchas gracias doctora por el Excel que nos presenta muchas gracias. Procedo entonces a sustentar el recurso de apelación. Bueno su señoría las razones por las cuales le solicito me conceda el recurso de apelación ante el Honorable Tribunal de Bogotá sala laboral, son las siguientes.

La suscrita difiere de algunos aspectos del fallo emanado por su despacho el día de hoy, en razón a que mi representado ostenta el régimen de transición, la suscrita solicita al Tribunal se sirva revocar la sentencia en el aspecto en la que se hace la tasa de reemplazo, en razón del 84% y esta sea reconocida en un 90%, de conformidad con el acuerdo 49 aprobado por el decreto 758 de 1990.

Igualmente, en razón del reconocimiento de la mesada, de no reconocimiento de la mesada 14, solicito también al Tribunal que la misma sea reconocida conforme también a mi representado tiene derecho a esta mesada, por haber cumplido los requisitos dentro del régimen de transición, dentro del régimen de transición. Así mismo, solicitarle al Tribunal no aplicar la prescripción que el despacho ha decretado el día de hoy, como quiera que de las evidencias del expediente administrativo se tuvo que hacer solicitud de corrección de historia laboral y allegar a COLPENSIONES las evidencias a propósito de que esta hiciera los ajustes en la historia nueva que había emitido, razón por la cual la prescripción no debe contarse, toda vez que mi representado tuvo que hacer todas estas reclamaciones previas ante de llevar a la justicia ordinaria este problema jurídico.

También, solicito al honorable Tribunal hacer revisión de la liquidación de la mesada, haciendo la formula tanto con los 10 últimos años, como toda la vida laboral, dado que pues mi representado cumple con la condición de más beneficiosa y en este aspecto pues sacar la mesada que mejor le convenga en cuanto al monto.

Entonces bajo estos cuatro aspectos que acabe de relacionar la tasa de reemplazo, la mesada 14, la prescripción y la liquidación de la mesada pensional, presentó mi recurso de apelación, el cual en su oportunidad ampliaré ante el honorable tribunal, muchas gracias doctora."

[2] "Su señoría me permito presentar recurso de apelación contra la sentencia dictada hoy 28 de febrero para que lo honorables magistrados realicen sobre los puntos que indicaré a continuación:

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 EDGAR ENRIQUE BUENO MEDRANO las pretensiones visibles en el escrito de subsanación de la demandada páginas 84 a 88 (Archivo 4 expediente digital) las cuales tienen sustento fáctico en los hechos narrados en las páginas 80 a 84 ibídem, encaminadas a que se declaren como válidos todos los periodos certificados por el ISS el 1° de octubre del 2007 con un total de 891,7143 semanas, en consecuencia se condene a COLPENSIONES a reconocer tales periodos y a pagar la pensión de vejez desde el 29 de marzo del 2012, con 14 mesadas al año, intereses de mora establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o en subsidio la indexación de las sumas adeudadas, derechos *ultra y extra petita,* costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, pues se condenó a la demandada al reconocimiento pensional en virtud de lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, tras considerar, que el demandante es beneficiario del régimen de transición y cumple con los requisitos establecidos en el mencionado Acuerdo como también con lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 del 2005, precisando que la prestación se otorga desde el día siguiente a la última cotización 1° de julio del 2012, en cuantía de $770.666 y con 13 mesadas al año, teniendo en cuenta para todos los

---

En cuanto al reconocimiento de las semanas, de las presuntas cotizadas se tiene que durante la gestión interna realizada por mi representada se realizó una corrección de la historia laboral, mediante requerimiento interno 2019_5336069 en donde se encontró que en cuanto a la relación laboral con el patronal, la DIA realizó dicha gestión de cobro en el cual fue imposible ubicar al patronal reportado, teniendo en cuenta que para mí representada no hay un soporte válido para indicar que existió una relación laboral con esta empresa, en ese sentido la deuda se daría como una deuda presunta donde no hay una certeza de dicho relación, todo esto conforme a la ley 1437 de 2011, en desarrollo de los artículo como 68, 69 de dicha norma. Teniendo en cuenta que las dichas obligaciones se plasman como incumplimiento del aportante propicio a que utilice como una señal, como una dirección señala a las, a los instrumentos que usa para liquidar las planillas, todo esto también teniendo en cuenta que mi representada también realizó la revisión de los aportes también con la empresa OLIVETTI COLOMBIANA año 78 de julio al año 78 de octubre, también como otros empleadores teniendo en cuenta que existió una simultaneidad de pagos, el cual esto no genera tampoco el incremento de las mesadas, todo esto conforme al artículo 81 del decreto 3063 del 89.

Así las cosas, finalmente se resalta que esta situación también fue dirimida por la Sala laboral de la Corte Suprema de justicia con la sentencia 42295 del 2012, con la ponencia del magistrado Carlos Ernesto Molina Monsalve, quien determinó que las cotizaciones simultaneas no se pueden sumar en dicho tiempo doble.

Así las cosas, pues mi representada se sujeta a lo reportado y a lo que reposa en los archivos centrales, motivo por el cual reconocer dicha mesada pensional estaría afectando el detrimento económico al reconocer una mesada pensional, en el cual afectaría los demás afiliados, quienes pues han realizado sus debidos reportes y cotizaciones. Así las cosas, solicito que el Honorable magistrado revoque dicha decisión y absuelva de todas las pretensiones de la demanda. Gracias su señoría."

efectos los periodos que COLPENSIONES anotó como adeudados pero no fueron contabilizados, igualmente adujo que conforme a la historia laboral del ISS que no fue objeto de tacha se debía tener en cuenta el lapso del 4 marzo de 1980 al 23 de agosto de 1983, por lo que para el 2005 el actor contaba con 956,43 semanas para un total de cotizaciones de 1970 al 2012 de 1.192,14 superando las 1000 en cualquier tiempo establecidas en el Acuerdo 049 de 1990.

Liquidó la prestación con el IBL de los 10 últimos años y con una tasa de reemplazo del 84%. Respecto de la prescripción adujo estar probada parcialmente dado que la interrumpió únicamente con la presentación de la demanda el 5 de noviembre del 2019, por lo que las mesadas causadas con anterioridad al 5 de noviembre del 2016 se encontraban afectadas por el fenómeno extintivo, concedió los intereses moratorios a partir del 5 de noviembre del 2016 y calculó el retroactivo adeudado en suma de $70.644.490.

De esta manera, con ocasión de los recursos de apelación promovidos por las partes y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se examinarán además de los motivos expuestos por ésta en la alzada, la decisión en lo que le fue desfavorable.

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[3], 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

[3] "*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"

año 2014.

De tal manera, en el expediente reposa copia de la cédula de ciudadanía del actor (página 18 Archivo 4 expediente digital) que da cuenta de su fecha de nacimiento el 29 de marzo de 1952, 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 42 años de edad, por tanto, en principio sería beneficiario del régimen de transición, por lo menos hasta el 31 de julio de 2010 y, eventualmente, hasta el año 2014, debiendo procederse 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 la accionante durante su vida laboral ha efectuado cotizaciones al régimen de prima media con prestación definida desde el 13 de marzo de 1970 fecha que se consigna en el reporte de semanas cotizadas incorporado por Colpensiones y actualizado al 19 de septiembre de 2018 (páginas 179 a 182 Archivo 2 expediente digital), por manera que, **el régimen anterior aplicable a la situación pensional de la demandante 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 julio de 2010 o en caso de haber acreditado las 750 semanas de cotizaciones acumuladas a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo -29 de julio de 2005- hasta el 31 de diciembre del 2014.

En relación con el requisito de edad, encuentra la Sala que el señor BUENO MEDRNO alcanzó los 60 años el **29 de marzo del 2012**, es decir, en fecha posterior al primer límite establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005 -31 de julio de 2010-.

En ese contexto, con miras a establecer si el beneficio transicional del demandante se mantiene hasta el año 2014, procede la Sala a verificar el conteo de semanas cotizadas hasta la fecha de entrada en vigencia de la reforma constitucional, advirtiendo la Sala el actor conforme a la historial laboral citada (páginas 179 a 182 Archivo 2 expediente digital) para el 29 de julio del 2005, tan solo contaba con 725,71 semanas, NO cumpliendo así con el requisito exigido por el Acto Legislativo para conservar el régimen de transición hasta el año 2014.

No obstante lo anterior, alega el demandante existen unos periodos que no han sido tenidos en cuenta así (hecho No. 34):

- Flórez de la Sabana Ltda. 4 de marzo de 1980 a 1° de enero de 1985
- Villalba Carlos Alonso. 01 de enero de 1983 a 2 de enero de 1990
- Galeano Pinilla Jorge Arturo. 02 de enero de 1988 a 2 de enero de 1990

De este modo lo primero que ha de precisar la Sala es que, si bien obran dos reportes de semanas cotizadas para el periodo 1967 a 1994, uno expedido por el ISS *(se encuentran en el archivo 4 páginas 19 a 21 y archivo 2 paginas 50, 61 y 80)* y otro por COLPENSIONES *(Archivo 2 páginas185 a 187)*, en éste último no se incluyeron los periodos de los empleadores FLOREZ DE LA SABANA LTDA -4 de marzo de 1980 a 23 de agosto de 1988- y PERALTA PAEZ ALFREDO -4 de marzo de 1980 a 23 de agosto de 1988- que fueron reportados en la historia laboral expedida por el ISS, excluyéndose sin explicación alguna, por ende para esta Sala de Decisión no pueden ser desechados en este trámite, advirtiéndose el demandante no puede verse perjudicado 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 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.

Recordándose las entidades administradoras de pensiones tienen la obligación de custodiar las historias laborales de los afiliados y deben tener especial cuidado con la información que certifican al emitir estos documentos por intermedio de sus plataformas digitales o físicas, por ende se les exige una obligación de custodia conservación y guarda de la información, que garantice un contenido confiable, y de esta manera dar explicaciones razonables frente a cualquier cambio en los archivos o bases de datos.

Frente a ello, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha enfatizado que a las administradoras le asiste el deber de garantizar que la historia laboral 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 en sentencia SL 5170 de 2019, señalando:

> *"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".*

Igualmente, en la sentencia T-079 de 2016, 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, 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".*

Precisándose, frente a FLOREZ DE LA SABANA LTDA. existe tanto novedad de ingreso como de retiro, por lo que razonablemente se puede inferir sí existió una

relación laboral en ese periodo y en cuanto a PERALTA PAEZ ALFREDO si bien el ISS lo relaciona como una NOVEDAD NO CORRELACIONADA, se debe resaltar por esta Sala de decisión las novedades no correlacionadas en las historias laborales obedecen a periodos que presentan inconsistencias por diversos motivos, como en el ingreso, salario, licencia, retiro, que no se cargaron a las historias laborales que actualmente administra Colpensiones, porque no se relacionó de manera inequívoca la identificación que se utilizó para afiliados y empleadores antes de 1994 (número de afiliación y patronal), con la identificación que se utiliza a partir de enero de 1995 (documento de identidad)[4], situación que en manera alguna le puede restar validez a tales periodos.

Ahora bien, revisada la última historia laboral expedida por COLPENSIONES en el 2018, concretamente el DETALLE DE PAGOS EFECTUADOS ANTERIORES A 1995 se evidencia que con los empleadores VILLLABA CARLOS ALFONSO y GALEANO PINILLA JORGE ARTURO la demandada anota como observación "*Periodo en mora por parte del empleador",* sin que se evidencien las gestiones de cobro correspondiente, razón por la cual en principio el lapso donde existe la mora debería ser tenido en cuenta y así incrementársele al actor las semanas registradas como aportadas, sin que el trabajador pueda ver truncado su derecho pensional por el hecho de la mora en el pago de las mismas, ello por cuanto tal situación en manera alguna puede acarrear consecuencias negativas para el afiliado, debiendo contabilizarse dichas semanas en la sumatoria total, a efecto de corroborar el cumplimiento del requisito de semanas para acceder al derecho pensional.

Lo anterior en tanto, la mora en el pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, no resta validez a las semanas a contabilizar para efecto de acreditar el cumplimiento del tiempo exigido para efectos del reconocimiento pensional.

Recordando frente a los aportes a seguridad social en pensiones, conforme lo ha dispuesto por la Ley 100 de 1993, en su artículo 22, el empleador será responsable del pago de los mismos, 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

[4] Respuesta emitida por Colpensiones al Auto de 10/11/2016 de la Corte Constitucional, en cumplimiento de la T-774/2015. https://www.corteconstitucional.gov.co/CasoColpensiones/Colpensiones/RESPUESTA%20AUTO%2010%20DE%20NOVIEMBRE%202016.pdf (página 34).

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.

Así 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 y 32179 del 27 de enero de 2009, es evidente que el tiempo dejado de cotizar durante la vinculación laboral tiene la virtud de perjudicar la eventual expectativa pensional de la demandante.

No obstante lo anterior, de acuerdo a la precitada historia laboral se tiene que el actor de manera simultánea tiene cotizaciones con otros empleadores, y en esa medida los periodos aportados al tiempo con VILLABA CARLOS ALFONSO y con GALEANO PINILLA JORGE ARTURO, como otros que más adelante se verán no pueden ser tenidos en cuenta para la sumatoria se semanas en su historia laboral, toda vez que como ya se dijo tales cotizaciones corresponden a semanas simultáneas, razón por la cual únicamente servirían para incrementar el IBL de su eventual pensión. Al respecto la sentencia 42299 del 5 de junio de 2012, indicó:

> *"De tal modo que independiente de que los aportes que reclama la censura estuvieran o no en mora, lo cierto es que no es dable sumarlos al total de semanas cotizadas, habida cuenta que el ISS subroga el riesgo por un mismo período y no por tiempos dobles. Por tanto, en los eventos de servicios prestados por el asegurado en forma simultánea a varios empleadores, los diferentes aportes se tienen en cuenta únicamente "para establecer el promedio del salario de base correspondiente, para efectos del pago de las prestaciones económicas, sin que sobrepase el salario base máxime asegurable al momento de causarse el derecho" conforme lo dispone el artículo 81 del Acuerdo 044 de 1989 aprobado por el Decreto 3063 del mismo año,* ***es decir, incrementa el ingreso base de cotización más no aumenta el tiempo de cotización o semanas aportadas****."* (Negrillas fuera de texto)

En este orden de ideas, las semanas que se tendrán en cuenta ante esta instancia corresponden a las siguientes (*relacionadas en el cuadro anexo*), reiterando la simultaneas que se encuentran resaltadas no se pueden contabilizar de manera doble en aras de incrementar el número de semanas que posee el actor.

EMPLEADOR	*INICIO*	*FIN*	*No Dias*
CASA IMPERIAL LTDA	13/03/1970	15/03/1971	363
INST CIR EST SAINT MICHEL L	16/05/1973	18/07/1973	63
OLIVETTI COLOMBIANA S.A.	31/03/1975	31/08/1975	151
	1/09/1975	31/08/1977	720
	1/09/1977	17/10/1978	407
MAQUINAS Y EQUIPOS LTDA	1/07/1978	17/10/1978	Simultaneas
	18/10/1978	14/12/1979	417
VILLALBA CARLOS ALFONSO	16/10/1980	31/12/1980	75
	1/01/1981	31/12/1981	360
	1/01/1982	31/01/1982	30
	1/02/1982	31/12/1982	330
	1/01/1983	31/12/1983	360
	2/01/1983	31/08/1983	Simultaneas
	1/09/1983	31/12/1983	
	1/01/1984	31/12/1984	360
	1/01/1984	31/12/1984	Simultaneas
	1/01/1985	31/12/1985	360
	1/01/1985	31/12/1985	Simultaneas
	1/01/1986	31/12/1986	360
	1/01/1986	31/12/1986	Simultaneas
	1/01/1987	31/12/1987	360
	1/01/1987	31/12/1987	Simultaneas
	1/01/1988	31/12/1988	360
	1/01/1988	31/12/1988	Simultaneas
GALEANO PINILLA JORGE ARTURO	17/06/1988	31/12/1988	
FLOREZ DE LA SABANA LTDA	4/03/1980	23/08/1988	
PERALTA PAEZ ALFREDO	4/03/1980	23/08/1988	
VILLALBA CARLOS ALFONSO	1/01/1989	31/08/1989	240
	1/01/1989	31/08/1989	Simultaneas
GALEANO PINILLA JORGE ARTURO	1/01/1989	31/08/1989	
	1/09/1989	31/12/1989	120
INGENIERIA TECNICOS ASOC LT	20/09/1989	31/12/1989	Simultaneas
	1/01/1990	28/02/1990	58
VILLALBA CARLOS ALFONSO	1/09/1989	2/01/1990	Simultaneas
INGENIERIA TECNICOS ASOC LT	1/03/1990	31/01/1991	330
GALEANO PINILLA JORGE ARTURO	1/01/1990	31/08/1990	Simultaneas
INGENIERIA TECNICOS ASOC LT	1/02/1991	31/01/1992	360
	1/02/1992	10/06/1992	130
	Total días		6314
	Total semanas		**902**

Así las cosas, sumando las citadas 902 semanas que corresponden al periodo del 13 de marzo de 1970 al 10 de junio de 1992, con las aportadas directamente por el actor del 1° de noviembre de 2007 al 30 de junio del 2012 que totalizan 205,72, arrojan un total de **1107,72** semanas cotizadas, por lo que luce evidente que para el 29 de julio del 2005 el demandante superó las 750 semanas exigidas en tanto contaba con 902 para el 10 de junio de 1992, pues no existen cotizaciones desde ésa data y hasta el 1 de noviembre del 2007, cumpliendo así con el requisito exigido por el Acto Legislativo para conservar el régimen de transición hasta el año 2014, precisándose igualmente acreditó las **1000** antes del 31 de diciembre del 2014, concretamente para el 31 de enero del 2010, por lo que en efecto cumple con los requisitos para ser acreedor de la pensión de vejez bajo el manto del Acuerdo 049 de 1990.

En relación con la fecha a partir de la cual debe pagarse la pensión, en consideración a que la situación pensional del actor fue definida con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, resulta aplicable en autos el artículo 13 del citado Decreto, el cual dispone *"La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior,*

pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma", mientras que en el artículo 35 indica *"Las pensiones del seguro social se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión".*

Bajo la premisa anterior, si bien el retiro del sistema es requisito necesario para el disfrute del derecho pensional, ha sido criterio de la Sala, respaldado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia con radicación 35605, que deben examinarse las circunstancias especiales que rodean cada caso con el fin de establecer la fecha de desafiliación o retiro del afiliado.

Así pues y si bien el accionante adquirió el status pensional el 29 de marzo del 2012 fecha en que cumplió los 60 años de edad y ya contaba con las 1000 requeridas, resulta que su última semana reportada y cotizada lo fue para el mes de 30 de junio del 2012**,** conforme se evidencia en la página 179 del expediente digital (Archivo 2 Expediente administrativo Colpensiones), por lo cual resultaría procedente el reconocimiento del derecho, a partir del día siguiente a la última cotización pagada, esto es, **1° de julio de 2012**, confirmándose la decisión de primera instancia en lo atinente a la fecha desde la cual se debe pagar la prestación.

Sin embargo, debe analizarse en este punto la excepción de prescripción, propuesta en oportunidad por la demandada Colpensiones[5], recordando si bien el derecho a la pensión es imprescriptible, no así las mesadas pensionales, las cuales prescriben dentro del término establecido en el artículo 151 del C.P.L. y S.S.; de esta suerte, en el presente asunto el derecho pensional del demandante se hizo exigible el 29 de marzo del 2012 (data en cumplió los 60 años y ya tenía 1000 semanas cotizadas) elevando su primer reclamo el 15 de junio del 2012 (página 9 expediente administrativo) el cual fue negado mediante Resolución GNR 024418 del 5 de marzo del 2013 (páginas 9 a 11 expediente administrativo) notificada el 19 de marzo del 2013 (página 8 expediente administrativo), frente al cual no interpuso recurso alguno, por lo que los efectos de la prescripción quedaron suspendidos hasta esa data (19/03/2013), no obstante elevó una nueva reclamación solo hasta el **6 de noviembre del 2018** (archivo 4 expediente digital

[5] Desde la contestación de la demanda página 22 (Archivo 2) , la cual se admitió por el juzgado mediante auto del 15 de febrero del 2022 página 109 (Archivo 4).

página 46), de manera que las mesadas pensionales causadas desde el 29 de marzo del 2012 al 19 de marzo del 2013 se encuentran prescritas al haber trascurrido más de 3 años desde la fecha en que tuvo conocimiento de la negativa de su derecho pensional y la data del siguiente reclamo.

Frente a la petición del 6 de noviembre del 2018, COLPENSIONES negó la prestación pensional por acto administrativo SUB 31478 del 1° de febrero del 2019 (páginas 46 a 49 ibídem) interponiendo la parte actora recursos de reposición y apelación frente a tal decisión, los cuales fueron resueltos mediante Resoluciones SUB 132434 del 27 de mayo del 2019 (páginas 59 a 65 ibídem) y DPE 4771 del 18 de junio del 2019 (páginas 67 a 73 ibídem) notificadas el 25 de junio del 2019 (páginas 58 y 66 ibídem) confirmándose la negativa del reconocimiento pensional, por lo que del 6 de noviembre del 2018 al 25 de junio del 2019, estuvo suspendido el término prescriptivo, acudiendo a la jurisdicción el **5 de noviembre del 2019** (página 74 archivo 4 expediente digital), notificándose a COLPENSIONES del auto admisorio de la demanda de fecha 28 de octubre del 2020 (páginas 95 y 96 archivo 4 expediente digital) el 2 de junio del 2021 (página 97 archivo 4 expediente digital), esto es, dentro del año de que trata el artículo 94 del C.G.P.

De esta manera, se tiene como interrumpido el fenómeno extintivo con la reclamación del 6 de noviembre del 2018, y por ende se ha de declarar probada parcialmente la excepción de prescripción sobre las mesadas causadas con anterioridad al **6 de noviembre del 2015** (3 años anteriores a la reclamación del 6/11/2018), precisando conforme al anterior recuento las mesadas causadas desde la exigibilidad del derecho 29 de marzo del 2012 y el 5 de noviembre del 2015 fueron afectadas por la prescripción.

Lo anterior en aplicación del criterio expuesto en sentencia SL794 radicación No. 41281 del 13 de noviembre del 2013, mediante la cual se precisó que para prestaciones que se vayan causando de manera periódica, desde luego se aplica la interrupción de la prescripción por una sola vez para cada una de las distintas mesadas que se vayan generando en el tiempo, afectándose por el fenómeno de la prescripción una vez superado tanto el lapso de suspensión como el de interrupción en el evento en que oportunamente no se accione una vez vencidos dichos términos (Sentencia C-792 de 2006).

En ese orden es claro que procede el reconocimiento del derecho, pero a partir del **6 de noviembre del 2015**, modificándose la decisión de primera instancia en lo

atinente a la fecha desde la cual se debe pagar la prestación, pues este aspecto fue objeto de apelación por la parte demandante.

Frente a la cuantía de la mesada pensional, es de señalarse, al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, al aquí accionante, le faltaban más de 10 años para adquirir el derecho a la pensión (17 años, 11 meses y 28 días), así que frente al tema del ingreso base de liquidación de la pensión, para los beneficiarios del régimen de transición, a quienes les faltaban más de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, tal como ocurre en el asunto de autos, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado de manera reiterada y clara, señalando que éste será el previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, 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 el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral, si resulta superior al anterior, siempre y cuando el afiliado haya cotizado 1250 semanas como mínimo, las cuales como se vio NO alcanzó el actor, pues en toda su vida laboral cotizó 1107,72 semanas, por lo que la apelación del actor en este punto no puede hallar prosperidad.

De tal manera, se verifica el cálculo de la mesada pensional efectuado en primera instancia con el apoyo del grupo Liquidador del Consejo Superior de la Judicatura, teniendo en cuenta como ya se dijo lo devengado en los 10 últimos años y en toda la vida laboral, aplicando una tasa de reemplazo equivalente al 81% conforme lo previsto en el artículo 20 del acuerdo 049 de 1990[6] para las 1107,72 semanas que cotizó el actor, no siendo viable incrementarlo al 90% como se pide en la alzada pues para esa tasa se requieren cotizaciones iguales o superiores a 1250, las cuales como se vio no alcanzó el promotor del litigio, obteniendo ésta Corporación una mesada pensional con el IBL de los 10 últimos años de **$893.740,32**[7], es

---

[6] "(…) *a) Con una cuantía básica igual al cuarenta y cinco por ciento (45%) del salario mensual de base y,*

b) Con aumentos equivalentes al tres por ciento (3%) del mismo salario mensual de base por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el asegurado tuviere acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización. El valor total de la pensión no podrá superar el 90% del salario mensual de base ni ser inferior al salario mínimo legal mensual ni superior a quince veces este mismo salario."

[7]

decir, superior a la encontrada por la Juez de primer grado ($770.666), en atención a que el IBC se incrementó para los periodos en que hubo simultaneidad de cotizaciones, por lo que el valor de la mesada que le corresponde al accionante deberá ser modificada en virtud de la apelación formulada por la parte actora, prestación pensional que se debe pagar con 13 y no en 14 mesadas al año como se apela por el actor, al haberse causado con posterioridad al 31 de julio de 2011, esto es, el 29 de marzo del 2012, tal y como lo establece el parágrafo 6º e inciso 8 del Acto Legislativo 01 de 2005.

Ahora como quiera que la Juez *a quo* procedió a concretar el valor del retroactivo adeudado al demandante se procede a verificar dicha cuantía con el valor de la mesada aquí establecidad, operaciones aritméticas que hacen parte íntegra de la presente decisión arrojando para el lapso aquí determinado -6 de noviembre del 2015 al 28 de febrero del 2022 (fecha de liquidación de la primera instancia) una suma de **$94.934.529,33, que actualizada al 30 de junio del 2022 equivale a $100.162.237,3**[8], valor que se seguirá causando hasta la fecha de inclusión de nómina de pensionados del accionante.

Cálculo Ultimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	***Nº. Días***	***IPC inicial***	***IPC final***	***Factor de indexación***	***Sueldo promedio mensual***	***Salario actualizado***	***Salario anual***
1986	*142*	*2,380*	*76,19*	*32,013*	*$ 40.140,00*	*$ 1.284.985,97*	*$ 6.082.266,91*
1987	*365*	*2,880*	*76,19*	*26,455*	*$ 90.858,08*	*$ 2.403.637,95*	*$ 29.244.261,67*
1988	*366*	*3,580*	*76,19*	*21,282*	*$ 58.952,20*	*$ 1.254.628,01*	*$ 15.306.461,75*
1989	*365*	*4,580*	*76,19*	*16,635*	*$ 74.078,85*	*$ 1.232.329,15*	*$ 14.993.338,05*
1990	*365*	*5,780*	*76,19*	*13,182*	*$ 123.478,21*	*$ 1.627.647,94*	*$ 19.803.049,95*
1991	*365*	*7,650*	*76,19*	*9,959*	*$ 123.210,00*	*$ 1.227.107,18*	*$ 14.929.803,98*
1992	*162*	*9,700*	*76,19*	*7,855*	*$ 123.210,00*	*$ 967.770,09*	*$ 5.225.958,50*
2007	*60*	*61,330*	*76,19*	*1,242*	*$ 433.700,00*	*$ 538.783,68*	*$ 1.077.567,36*
2008	*300*	*64,820*	*76,19*	*1,175*	*$ 458.720,00*	*$ 539.183,54*	*$ 5.391.835,36*
2009	*300*	*69,800*	*76,19*	*1,092*	*$ 493.360,00*	*$ 538.525,77*	*$ 5.385.257,65*
2010	*330*	*71,200*	*76,19*	*1,070*	*$ 513.354,55*	*$ 549.332,62*	*$ 6.042.658,86*
2011	*330*	*73,450*	*76,19*	*1,037*	*$ 533.727,27*	*$ 553.637,59*	*$ 6.090.013,48*
2012	*150*	*76,190*	*76,19*	*1,000*	*$ 566.700,00*	*$ 566.700,00*	*$ 2.833.500,00*
Total días	***3600***	***Total devengado actualizado a:***				***2012***	***$ 132.405.973,52***
Total semanas	***514,29***	***Ingreso Base Liquidación***					***$ 1.103.383,11***
Total Años	***10,00***	***Porcentaje aplicado***					***81%***
		Primera mesada					***$ 893.740,32***
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año				***2012***	***$ 566.700,00***

8

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	***Fecha final***	***Incremento %***	***Valor mesada calculada***	***N°. Mesadas***	***Subtotal***
01/01/12	*31/12/12*	*3,73%*	*$ 893.740,00*	*0,00*	*$ 0,0*
01/01/13	*31/12/13*	*2,44%*	*$ 915.547,00*	*0,00*	*$ 0,0*
01/01/14	*31/12/14*	*1,94%*	*$ 933.309,00*	*0,00*	*$ 0,0*
06/11/15	*31/12/15*	*3,66%*	*$ 967.468,00*	*2,83*	*$ 2.741.159,3*
01/01/16	*31/12/16*	*6,77%*	*$ 1.032.966,00*	*13,00*	*$ 13.428.558,0*
01/01/17	*31/12/17*	*5,75%*	*$ 1.092.362,00*	*13,00*	*$ 14.200.706,0*
01/01/18	*31/12/18*	*4,09%*	*$ 1.137.040,00*	*13,00*	*$ 14.781.520,0*
01/01/19	*31/12/19*	*3,18%*	*$ 1.173.198,00*	*13,00*	*$ 15.251.574,0*
01/01/20	*31/12/20*	*3,80%*	*$ 1.217.780,00*	*13,00*	*$ 15.831.140,0*
01/01/21	*31/12/21*	*1,61%*	*$ 1.237.386,00*	*13,00*	*$ 16.086.018,0*
01/01/22	***28/02/22***	*5,62%*	*$ 1.306.927,00*	*2,00*	*$ 2.613.854,0*
Subotal retroactivo desde 06-11-2015 a 28-02-2022				***$ 94.934.529,33***	
01/03/22	***30/06/22***	*5,62%*	*$ 1.306.927,00*	*4,00*	*$ 5.227.708,0*
Subtotal retroactivo desde 01-03-2022 a 30-06-2022				***$ 5.227.708,00***	

Tabla Liquidación	
Subotal retroactivo desde 06-11-2015 a 28-02-2022	*$ 94.934.529,33*
Subtotal retroactivo desde 01-03-2022 a 30-06-2022	*$ 5.227.708,00*
Total	***$ 100.162.237,3***

En otro giro, en cuanto a los intereses moratorios que fueron objeto de condena, es menester precisar, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 está previsto para los eventos de mora en el pago de mesadas pensionales cualquiera que sea su fuente, pudiendo colegirse, el pago tardío de las mismas debe ser sancionado en los términos de tal normativa, y en ese orden dado que no se evidencia razón que justifique el actuar de la entidad en el desconocimiento del derecho que le asistía al actor al tenor de lo expuesto en Sentencia SL 787-2013 Radicación No. 43602 del 6 de noviembre de 2013, resulta procedente su reconocimiento, téngase en cuenta que COLPENSIONES conocía de la deuda por parte de los empleadores omisos en el pago, pues así lo anotó en su historia laboral, sin atender esa circunstancia, por ende no podía alegar tal situación para negarle el derecho pensional al demandante.

De ésta suerte, y teniendo en cuenta las consideraciones expuestas frente a la excepción de prescripción, la Sala tomara la segunda reclamación de la pensión de vejez -6 de noviembre del 2018-, para efectos de contabilizar la fecha en que proceden los intereses moratorios, advirtiéndose los mismos deberán ser impuestos a partir del 7 de marzo del 2019, que sería la fecha de vencimiento del plazo de cuatro meses previsto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de Ley 797 de 2003[9], sobre las mesadas pensionales causadas desde el 6 de noviembre del 2015, por lo que en este aspecto se modificará la decisión de la *a quo,* en virtud de la consulta que se surte en favor de COLPENSIONES.

Finalmente, se adicionará la sentencia para autorizar a COLPENSIONES a descontar del anterior retroactivo pensional lo correspondientes a los aportes a salud, en virtud de lo previsto en el artículo 42 de la Ley 100 de 1993 que 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*'.

---

[9] *"Artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de Ley 797 de 2003 "Los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Los Fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte"*

De esta manera se agota la competencia de la Sala en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, procediendo a adicionar la sentencia de primera instancia, conforme a lo expuesto, a concretar el valor del retroactivo adeudado, modificándose en los aspectos ya dichos y confirmándose 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: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** del fallo de primera instancia en cuanto a que la pensión de vejez causada a partir del 1° de julio del 2012 asciende a la suma de **$893.740** con una tasa de reemplazo del 81%, conforme lo considerado.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** del fallo de primera instancia para establecer que el pago de las mesadas pensionales adeudadas debe realizarse a partir del 6 de noviembre del 2015, retroactivo que calculado al 30 de junio del 2022 correspondía a **$100.162.237,3,** cifra que se seguirá causando hasta la fecha efectiva de la inclusión en nómina de pensionados.

TERCERO: MODIFICAR el numeral **TERCERO** del fallo de primer grado, para establecer que, los intereses moratorios deberán ser pagados a partir del 7 de marzo del 2019, sobre las mesadas pensionales causadas desde el 6 de noviembre del 2015 y hasta la fecha en que se haga efectivo el pago de derecho.

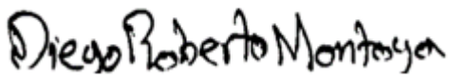
CUARTO: PRECISAR en numeral cuarto, en cuanto a que se declara parcialmente probada la excepción de prescripción sobre las mesadas causadas con anterioridad al 6 de noviembre del 2015.

QUINTO: ADICIONAR la decisión del Juzgado 18 Laboral del Circuito con el fin de AUTORIZAR a COLPENSIONES a efectuar las deducciones por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, del retroactivo que le sea reconocido al demandante.

SEXTO: CONFIRMAR en lo demás el fallo apelado y consultado, por las razones aquí expuestas**.**

SÉPTIMO: 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 NESTOR FERNANDO MONROY MORENO CONTRA INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS A.A. – INDEGA S.A. (RAD. 20 2018 00477 03).

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante (fls. 7 y 8) y por la parte demandada (fls. 4 y 5), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 13 numeral primero de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juez Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 22 de octubre de 2021 *(expediente digital, archivo CD AUDIENCIA 28-01-2020.wmv, record. 27:48),* en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: ABSOLVER** a la demandada INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S. A - INDEGA, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante señor NÉSTOR FERNANDO MONROY MORENO, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR** probadas las excepciones inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y falta de causa legal, denominada Inexistencia de la obligación, por lo dicho en los considerandos de esta decisión.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** en costas a la parte demandante; tásense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho el equivalente a medio salario mínimo legal mensual vigente.*

> ***CUARTO:*** *De no ser apelada la presente decisión remítase la misma y el expediente al Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá –Sala Laboral, para que sea revisada en su integridad a través del grado jurisdiccional de Consulta, teniendo en cuenta que la demanda y sus pretensiones fueron completamente adversas a los intereses del trabajador demandante".*

Inconforme con la decisión la apoderada de la parte actora presentó recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia de primer grado y, en su lugar, se acceda a todas las pretensiones relacionadas en el escrito introductor .Comenzó señalando que el juzgado se apartó de lo señalado en los artículos 60 y 61 C.P.T.S.S. relativas a que el despacho debe valorar todas las pruebas en conjunto. Refirió, se encuentra acreditada la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y la demanda Industria Nacional de Gaseosas, contrato realidad que fue declarado por el Tribunal Superior de Bogotá, a instancias del proceso de fuero sindical, donde en aplicación de lo dispuesto en el artículo 35 C.S.T., se declaró a FL COLOMBIA S.A. como un simple intermediario y a INDEGA como verdadero empleador y en consecuencia, la que debió proceder al reintegro del trabajador, pero aún no lo ha hecho.

Enfatizó, en la sentencia de fuero sindical se dijo que FL COLOMBIA S.A. actuó como un simple intermediario y la sociedad INDEGA no demostró que tiene autorizados a sus intermediarios para despedir a sus trabajadores. Contrariamente, lo que se demostró en este proceso es que INDEGA no cumplió con la orden de reintegro que le dio el Tribunal y eludió el cumplimiento de la orden de la administración de justicia, porque el reintegro supuestamente se dio en la sociedad FL COLOMBIA S.A.

En relación con el fuero circunstancial, dijo que se encuentra acreditada la existencia de SINALPACOL, organización a la que estaba afiliado el demandante desde el 17 de noviembre de 2016, sindicato que en el año 2010 le presentó un pliego de peticiones a INDEGA, conflicto que no se había solucionado para el mes de diciembre de 2016 y aludió a pormenores de las declaraciones de los testigos Manuel Villar, Joaquín Roa Morales, Lina Bedoya Bejarano y Alberto Ramírez Pizarro en lo relativo a la afiliación del demandante a la organización sindical. Recordó que por disposición legal, está prohibido a un empleador, despedir a sus

trabajadores mientras se encuentren en un conflicto laboral colectivo, como ocurrió en el presente caso.

Sobre la cosa juzgada, estimó que no se configura e hizo alusión a pormenores de una acción de tutela incoada en la que el a quo fincó su decisión de tener por configurada dicha figura jurídica, porque no hubo una decisión de fondo sobre las pretensiones de la acción constitucional. Tampoco comparte las conclusiones del juez de primer grado, relativas que las solicitudes del demandante debieron tramitarse por la vía de un proceso ejecutivo, porque según su criterio no existe una obligación clara, expresa y exigible.

Respecto a la inepta demanda, en su criterio, tampoco de dan las condiciones para su procedencia, en tanto las pretensiones principales son excluyentes de la subsidiarias; en todo caso, por no haberse atacado esta supuesta irregularidad mediante recurso de reposición en contra del auto admisorio[1] *(expediente digital, archivo CD AUDIENCIA 28-01-2020.wmv, record. 29:33).*

---

[1] ***Apoderada demandante (29:33):*** *Buenas tardes, señor juez en esa instancia impetro recurso de apelación contra la sentencia que se acaba preferir dentro del proceso 477 de 2018, fundamento la apelación en el artículo 66 del Código procesal del trabajo y la Seguridad Social para que el Tribunal Superior del distrito judicial, Sala de decisión laboral se sirva revocar integralmente la recurrida sentencia y se me concedan las pretensiones de la demanda, tal como han sido invocadas.*

En primer lugar, solicitó este despacho se me conceda el recurso de apelación una vez quede sustentado, puedo decir desde ya que el despacho se apartó de todos lo señalado en el artículo 60 y 61 del Código procesal del trabajo y la Seguridad Social. Donde este precepto legal nos enseña que el operador judicial debe hacer el análisis de todas las pruebas, en especial en este caso las documentales, en concordancia con lo señalado en el artículo 176 del Código General del proceso, donde debe el despacho judicial, evaluar todas las pruebas en conjunto, aspectos trascendentales para tomar la decisión sin embargo, en este asunto estas normas adjetivas aquí se obviaron. Comienzo a precisar existencia del contrato de trabajo entre la aquí demandante y la EMPRESA INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A, situación que está plenamente definida dentro del proceso de fuero sindical y el contrato realidad que declaró el Tribunal Superior del distrito judicial de Bogotá. Sala de decisión laboral, dentro de este proceso se dijo que el empleador es INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A se optó por dar la aplicación del artículo 35 del Código sustantivo del trabajo a Folio 39 del expediente, donde encontramos la sentencia de fuero sindical, en el parágrafo tercero, dice:

"en ese orden se tiene que en la realidad de la parte pasiva, desdibujó la figura del contratista independiente en la medida que AFL, FL COLOMBIA S.A, a través de su trabajador no ejecutó la labor a ella encomendada con libertad y autonomía técnica, pues el actor prestó sus servicios en los locales del beneficiario, operando sus equipos y sujeto a órdenes impartidas por los trabajadores de INDEGA S.A, quien por ella actuó como verdadero empleador, siendo claro que FL COLOMBIA S.A resultó ser un simple intermediario en los términos del numeral segundo del

artículo 35 del Código sustantivo del trabajo, compañía que por ello se encuentra llamada a responder de manera solidaria", este parágrafo que acabo de leer, define FL COLOMBIA S.A como intermediario y solidario para que respondiera por los salarios, pago de prestaciones, pero nunca como empleador es INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A la que debía responder, fue esta empresa la que resultó condenada al reintegro que hasta el momento no lo ha hecho y haciendo una interpretación de la sentencia perversa, socarrona y peor aun contando con la conformidad del despacho, dándole crédito a este anti esta antítesis que resulta irónica y como se desconoce una sentencia judicial, por, por la leonina interpretación, es decir, que ahora las sentencias tal como lo expuse en los alegatos de conclusión, no están sujetos a su cumplimiento, sino a la interpretación bribona a que le dé la parte vencida para eludir su cumplimiento, pero además el reintegro en el proceso de fuero sindical es claro que éste debió hacerlo INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS SA.

Pero se extrae con pincel los extremos del contrato para desconocer a INDEGA S.A de la obligación y le pregunta al despacho si se dio el reintegro con ese contrato de trabajo declarado por el Tribunal donde aparecen todo el expediente que la empresa INDEGA S.A hubiese reconocido al demandante como su trabajador, no existe prueba de ese reconocimiento del actor como trabajador de INDEGA, pero insisto se trae a colación en este proceso un proceso de fuero sindical para que este despacho lo intérprete con la antítesis de la demandada, pues si la empresa INDEGA S.A, tenía alguna duda con la con la sentencia tuvo la oportunidad de solicitar aclaración sobre el reintegro ante el Tribunal y no hacerlo ahora, después de 5 años.

Ahora sí, ahora sí FL COLOMBIA S.A por ser el reintegro una obligación indivisible y haber el Tribunal ha aplicado el artículo 35 del Código sustantivo del trabajo parágrafo 2 que a la letra dice "Se consideran como simples intermediarios, 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 utilizan locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un empleador para el beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo". Es decir, en ninguna parte de la sentencia se dice que el empleador del demandante es FL COLOMBIA S.A, lo que se definió a esta empresa fue un simple intermediario. Ahora, si la EMPRESA INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSA S.A, quiso hacer lo suyo el despido, debió demostrar en el proceso que está, que está tiene autorizados sus intermediarios para despedir sus trabajadores de lo que sé concluye que este aspecto está huérfano de prueba.

Lo que está acreditado en este proceso es que la EMPRESA INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS SA no cumplió con la orden de reintegro que le dio el Tribunal y se valió de artilugios para eludir la sentencia y hacerla más gravosa la situación al demandante y burlar la administración de Justicia, pues es de observarse que una vez se conoce la sentencia del Tribunal, se acude al recurso extraordinario de casación contra un proceso de fuero sindical, una vez le es negado en aras de no cumplirla, como puede señalarse, se lo achaca a la empresa FL COLOMBIA S.A a través de un, de un contubernio engendrado entre estas empresas para evadir la orden del Tribunal materializada en la sentencia que declaró el contrato de trabajo entre el demandante e INDEGA S.A. Qué razón tiene la sentencia del fuero sindical y la declaración del contrato de trabajo entre el demandante, INDEGA S.A si el reintegro supuestamente se dio en FL COLOMBIA S.A pues así lo hubiese dicho el Tribunal sin más ambages. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia sobre este tema dijo lo siguiente en sentencia SL 3520 del 2018 radicado interno número 69399 del 25 de agosto de 2018, siendo magistrado ponente en ese entonces la doctora Clara Cecilia Dueñas Quevedo, "Adelante no tiene alcance de exonerarla de su responsabilidad, sino de compartirla con su empresa cliente, habida cuenta que con arreglo a la jurisprudencia de esta sala, el evento descrito da lugar a una responsabilidad solidaria de la compañía usuaria y la empresa de servicios temporales, en la cual la primera funge como verdadero empleador del trabajador, que para todos los efectos se entiende vinculado mediante un contrato de trabajo a término indefinido y la segunda como simple intermediaria que al no manifestar su calidad, calidad de tal, es la responder insolidum para las obligaciones laborales de conformidad con el número, con el

numeral tercero del artículo 35 del Código sustantivo del trabajo, continúa así diciendo la Corte sin que sean necesarias otras consideraciones, se modificará el fallo de primer grado para declarar que entre EINER MORALES SALGADO y la fábrica de BOLSAS DE PAPEL S.A, existió un contrato de trabajo desde el 30 de enero de 2018 hasta el 10 de junio de 2010 se confirmará la, la del declaratoria de ineficacia del despido y la orden de reintegro, pero a cargo de la empresa UNIBOL S.A se declarará solidariamente responsable de las obligaciones aquí contenidas a la labor empresarial S.A" . En este caso, la empresa beneficiada de los servicios es un UNIBOL S.A y la intermediaria es la empresa denominada LABOR EMPRESARIAL S.A, así las cosas le corresponde a la empresa INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS SA reintegrar al aquí demandante con todas las consecuencias que genera el reintegro, dando cumplimiento a la sentencia que viene burlando por más de 5 años.

Frente al fuero circunstancial está acreditado en el expediente la existencia de la organización sindical denominada SINALPACOL que este sindicato para el año 2010 le presentó un pliego de pretensiones a la EMPRESA INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A que para el mes de diciembre 2016 no se había solucionado el conflicto laboral colectivo, que para el 17 de noviembre de 2016 se le notificó a la EMPRESA INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS SA, de la afiliación del demandante de eso da cuenta el documento con sello de recibido de la empresa demandada.

La declaración del señor Manuel Villar corredor, quien afirmó que él notificó la afiliación que se, que se envió un oficio remisorio al gerente de la demandada que sé estampó el sello en la parte superior, dijo que contenía el sello de recibido, de igual forma lo hizo el señor Joaquín Roa Morales, existiendo coherencia en los testigos del demandante y sobre los testigos de la demanda, debemos manifestar en la contradicción que manifiesta la señora Lina Bedoya Bejarano sostiene que el demandante nunca se afilió al sindicato SINALTRAPACOL, pero al preguntarle que si ella el día 17 de noviembre estuvo en el departamento de correspondencia de la demandada, dice que, al preguntársele que si ella revisó toda la correspondencia que llegó a la demandada el 17 de noviembre de 2016 dice que no, dice que a la demanda llegó mucha correspondencia, al señor Alberto Ramírez Pizarro, dice no saber nada de la correspondencia que llegó a la empresa demandada el 17 de noviembre de 2016.

Así las cosas, no se les consta nada de la correspondencia que llegó a la demanda de la certificación que hace llegar a la empresa INDEGA S.A sobre la afiliación del demandante a SINALPACATROL, desdice de la realidad, pues es contraria al documento con sello de recibido de la demandada. Por lo tanto, con el certificado de afiliación expedido por el Presidente del sindicato y los testimonios de los señores Villar y Roa, el documento con el sello de recibido de la demandada sobre la afiliación del demandante, se acredita la afiliación del sindicato está acreditado que FL COLOMBIA S.A, expidió una certificación al demandante, la liquidación definitiva y que además fue un despido sin justa causa, mientras el sindicato SINALPACATROL se encontraba en conflicto laboral colectivo.

Así las cosas, el decreto 2351 de 1965 prohíbe a los empleadores despedir a sus trabajadores mientras se encuentren en conflicto laboral colectivo, como en este caso, el demandante estaba afiliado a la organización sindical SINALPACATROL y una vez lo notificó a la demandada esta no manifestó ningún reparto. Puede concluirse que al momento del despido del demandante sabía que gozaba de fuero sindical y así lo indica el testigo de INDEGA S.A, Alberto Ramírez Pizarro, del reintegro del demandante se dio como un acuerdo entre SINALPACATROL y FL COLOMBIA S.A, dado el cargo de gerente de Relaciones industriales, que desempeñó el señor Ramírez, estaba al tanto de la sentencia que se había proferido contra INDEGA S.A, el demandante no podía ser despedido de manera unilateral por desconocer el fuero circunstancial y éste genera unas consecuencias como es el reintegro, pago de salarios, prestaciones sociales, primas extralegales, entre otras.

Por lo anterior, solicita al despacho, se me concede el recurso de apelación. Y frente a la figura de la cosa juzgada, no es cierto que dentro del presente proceso se dé la figura de cosa juzgada por las siguientes razones, esta figura de cosa juzgada tiene unos requisitos taxativos, según lo

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

CONSIDERACIONES

---

señalado en el artículo 303, que a la letra dice: "La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes". En este sentido, el despacho sustenta la figura de cosa juzgada en la sentencia de tutela, por cuanto éste revocó la segunda instancia cuando en realidad la tutela fue declarada improcedente por sustracción de materia, lo que es distinto a lo firmado por el despacho, la improcedencia de una tutela se da en algunos casos por existir otros mecanismos de acción judicial por no existir violación de los derechos fundamentales, por no cumplir con la inmediatez. Además, la acción de tutela no es un proceso contencioso, requisito indispensable para que se la cosa juzgada, pues está definida como una acción constitucional en un mecanismo residual y donde el ordenamiento jurídico no brinda otro mecanismo de acción judicial, esa es la tutela su procedencia o prosperidad se debe a la amenaza o violación de un derecho fundamental y se abusa de esta figura la sanción que se tiene prevista en artículo 38 del Decreto 2591 de 1991.Entonces mal puedo dentro de los argumentos de una tutela, mezclarse con la de un proceso contencioso en aras de enfrentar la figura de la cosa juzgada, cuando se estaba solicitando en este escenario la protección de unos derechos fundamentales, y en este proceso la protección de unos derechos laborales como es el fuero circunstancial y el cumplimiento de una sentencia directamente por la empresa obligada, quien salió condenada al reintegro, en el mismo sentido, se dan unas pretensiones en este proceso que nada tiene que ver con la acción de tutela, existen hechos completamente nuevos que nada tienen que ver con esta acción, existe sólo la demanda de la empresa INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS, así la cosa no existe a la razón el despacho al declarar esta figura jurídica, la cual resulta infundada y debe ser revocada por lo aquí expuesto, pero aún más al ser declarada improcedente sustracción de matera (sic), y sin mayores esfuerzos, tampoco puede concluirse ilusoriamente que sea la cosa juzgada, al no existir pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones de la acción de tutela, por considerar el despacho en este caso el juez de tutela que el hecho había sido superado.

Darle al procedimiento un trámite distinto y dice el despacho que ese proceso debido a trámites por un Ejecutivo laboral y no el ordinario, cómo se tramitó, en mi entender, tampoco comparto lo manifestado por el juez por cuanto se está solicitando en una de las pretensiones del cumplimiento de la sentencia obsérvese que para tramitar un proceso por la vía ejecutiva la obligación debe ser clara, expresa y exigible, en este caso ni siquiera estamos hablando de un título judicial complejo, por cuanto la sentencia está compuesta por unas obligaciones de dar y de hacer, las de dar son solidarias y las de hacer es indivisible que debía cumplir INDEGA S.A que a la fecha no lo ha hecho, aquí sólo procedía, era la excepción de cumplimiento por parte INDEGA S.A, por lo tanto, este excepción del despacho resulta infundada y así debería decretarla el despacho.

Sobre la inepta de la demanda tampoco se da en el presente caso, por cuanto las pretensiones principales son excluyentes de las subsidiarias y a esto ha debido a que atacarse a través del recurso de reposición contra el auto que admitió la demanda, al permitirse quedar ejecutoriado en este auto admisorio quedó saneada cualquier irregularidad de la demanda, atendiendo que el despacho y la demanda así lo convinieron tácitamente, pues no se puede a través de una excepción previa revivir unos términos o una etapa de proceso que ya precluyó. Además, las excepciones previas salvo de la cosa juzgada y la prescripción son las que se pueden impetrar en los recursos laborales, las otras son de mérito, por lo que resultan mal invocadas y así debió declararse por el despacho. Por lo tanto, solicito se revoque por el Tribunal Superior de Bogotá la sala laboral. Mil gracias"

Constituyeron los anhelos del demandante NESTOR FERNANDO MOROY MORENO, Las pretensiones relacionadas en la demanda *(expediente digital, archivo 01 2018 -477 fl. 1 a 485.pdf, páginas 2 a 5)*, las cuales se soportaron en los supuestos facticos descritos a folios 5 a 7 ibídem, encaminadas a que se declare, entre el actor y la sociedad INDEGA S.A. existe un contrato de trabajo a término indefinido, se declare que al momento de su despido gozaba de fuero circunstancial; como consecuencia, se condene a la encartada a reintegrarlo al cargo de conductor de tractomula o a otro de igual o superior categoría, a pagar los salarios dejados de percibir desde el momento del despido, 5 de abril de 2011 hasta cuando se haga efectivo el reintegro; a pagar los aumentos salariales dejados de percibir, en el mismo porcentaje que se le hicieron a los demás trabajadores; a pagar primas legales y extralegales, vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías, aportes a seguridad social y las costas del proceso. Como pretensiones subsidiarias solicitó se condene a INDEGA a cumplir la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá proferida dentro del radicado No. 415 de 2011, ordenando su reintegro con todas las consecuencias señaladas en dicha providencia, a pagar la indemnización por despido injusto ordenada en la sentencia aludida, la sanción por no consignación de las cesantías y la indemnización moratoria por el no pago de salarios y prestaciones.

Obtuvo sentencia de primera instancia desfavorable por cuanto se absolvió a la sociedad demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra, se declararon probadas las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación. Para arribar a esa decisión recordó que a instancias de un proceso especial de fuero sindical, el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, ya declaró la existencia de un verdadero contrato de trabajo entre el demandante e INDEGA S.A. durante el lapso temporal consignado en la decisión de segunda instancia, al evidenciar prácticas indebidas de tercerización, oportunidad en la que condenó a INDEGA y solidariamente a FL COLOMBIA S.A.S. a reintegrar al aquí demandante al cargo que ocupaba al momento de despido o a otro de igual categoría junto con el pago de salarios y prestaciones dejados de pagar, desde la fecha del despido que fue el 5 de abril de 2011.

Empero consideró que no existe cosa juzgada en el presente asunto, toda vez que si bien las parte son las mismas, lo que aquí se pretende es la declaratoria de fuero circunstancial a favor del demandante. Reparó en que se acreditó en el expediente que la sociedad FL COLOMBIA S.A.S. en cumplimiento de la sentencia de fuero sindical, reintegró al demandante al cargo de archivo en el área administrativa el 3 de noviembre de 2016, junto con el pago de salarios y prestaciones en cuantía de $171’859.694,oo, por lo que a su juicio, cualquier discusión relativa al cumplimiento de la sentencia judicial emitida dentro del proceso de fuero sindical – acción de reintegro-, por parte de INDEGA, debe ser ventilada a instancias de un proceso ejecutivo.

Respecto a la existencia de una relación laboral con INDEGA S.A.S. a partir del 3 de noviembre de 2016, fecha en que fue reintegrado, concluyó que no se acreditó la prestación personal del servicio por parte del demandante a favor de la citada sociedad, por lo que no se activó a su favor la presunción legal del art. 24 C.S.T. y en consecuencia, no es dable predicar la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, a partir de esa data. En este sentido resaltó, los testigos hicieron referencia a un vínculo del actor con INDEGA, pero antes de su reintegro a FL. COLOMBIA.

A raíz de ello señaló, no es viable la pretensión tendiente a declarar el beneficio del fuero circunstancial a favor del demandante, pues para que ello ocurra, como mínimo debió existir un vínculo laboral con INDEGA, que en el presente caso no se acreditó. Insistió en que frente al reintegro ordenado en segunda instancia dentro del proceso de fuero sindical que cursó en ese juzgado, se debe continuar con el trámite al proceso ejecutivo 2019-398 que también cursa en esa agencia judicial.

Con el fin de resolver el problema jurídico sometido a consideración de la Sala, se recuerda que, mediante esta demanda, el promotor de la litis pretende se declare que al momento de su despido gozaba de fuero circunstancial debido que para ese momento, la organización sindical SINALTRAPACOL había presentado pliego de peticiones a la sociedad INDEGA S.A.

En ese orden, teniendo en cuenta que las pretensiones de la parte actora derivan de la declaración que el demandante para la fecha del despido se encontraba cobijado por el amparo de fuero circunstancial, es menester traer a colación lo dispuesto en el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 que reza:

> *"ARTICULO 25. Protección en conflictos colectivos. Los trabajadores que hubieren presentado al patrón un pliego de peticiones no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada, desde la fecha de la presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto."*

Al tenor de la disposición normativa en cita, el llamado fuero circunstancial constituye una protección laboral a los trabajadores que presentan el pliego de peticiones, para que no se les despida sin justa causa comprobada, a partir del momento en que se inicia el conflicto colectivo con la respectiva presentación del pliego de peticiones, garantía de la cual gozan trabajadores sindicalizados o no sindicalizados como lo dispone el inciso tercero del artículo 36 del Decreto 1469[2], la cual se extiende desde la iniciación del conflicto, durante toda la negociación colectiva, hasta la solución del mismo, momento hasta el que rige la prohibición de despedir, siendo ineficaz el despido que ocurra en ese segmento de tiempo.

En ese orden, es absolutamente claro para la Sala, que el mínimo requisito que debe cumplir, quien pretenda el mentado amparo foral, consiste precisamente en ostentar la calidad de trabajador de la sociedad ante la cual se presentó el pliego de peticiones y que se encuentra en conflicto colectivo, aspecto éste que no fue aceptado por la demandada ni encontró acreditado el a quo, por lo que corresponde a la Sala definir si en autos reposa prueba de dicha prestación personal del servicio, caso en que se activaría a favor del demandante la ventaja probatoria consagrada en el artículo 24 del C. S. del T., relativa a la presunción de la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, y de ser así, le correspondería a la enjuiciada demostrar la ausencia de subordinación. Al respecto, puede consultarse la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dictada dentro del radicado 32701[3].

---

[2] ***"La protección a que se refiere el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, comprende a los trabajadores afiliados a un sindicato o a los no sindicalizados que hayan presentado un pliego de peticiones, desde el momento de su presentación al empleador hasta cuando se haya solucionado el conflicto colectivo mediante la firma de la convención o del pacto, o hasta que quede ejecutoriado el laudo arbitral, si fuere el caso"***

[3] *"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*

Con miras a dilucidar este aspecto, advierte la Sala, la primera pretensión de la demanda se contrae a la declaratoria de un contrato de trabajo entre la sociedad INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. y el señor Néstor Fernando Monroy Moreno, pero no señala los extremos temporales de la relación laboral aludida. Más adelante, en el hecho primero, se afirmó que el aquí demandante se vinculó a la sociedad INDEGA, por virtud de la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá el 7 de octubre de 2014, pero en todo caso no se anuncia cual fue la fecha de la supuesta desvinculación por parte de la demandada.

Obra en el expediente, copia de la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá el 7 de octubre de 2014 (expediente digital, archivo 1 2018-477 T.I.FL. 1 a 485.pdf, páginas 29 a 46), dentro del proceso especial de fuero sindical –acción de reintegro- promovido por Néstor Fernando Monroy Moreno contra Industria Nacional de Gaseosas S.A. –INDEGA y FL COLOMBIA S.A.S. donde se ventiló la existencia de un contrato de trabajo, para concluir que INDEGA fungió como verdadero empleador y FL COLOMBIA como un simple intermediario y que sus extremos temporales fueron del 1° de julio de 2010 al 5 de abril de 2011 y por estar cobijado por fuero sindical y haber sido despedido sin que mediara autorización del juez laboral, condenó a INDEGA S.A. y solidariamente a FL COLOMBIA S.A.S. a reintegrarlo al cargo que venía ocupando al momento del despido o a uno de igual categoría junto con los salarios y prestaciones causados desde la fecha del despido y hasta cuando el reintegro se haga efectivo.

Consta también en el paginario, que la sociedad FL COLOMBIA S.A.S. reintegró al demandante el 3 de noviembre de 2016 y por concepto de salarios, primas legales y extralegales, vacaciones, cesantías e intereses sobre las cesantías, le hizo un pago por la suma de $171’859.694 (expediente digital, archivo 1 2018-477 T.I.FL.

---

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.”

1 a 485.pdf, páginas 291 a 295).

También se recaudaron testimonios solicitados por las partes, a los que se hará referencia únicamente en lo que tiene que ver con la prestación de los servicios por parte del demandante. En primer lugar se recaudó el testimonio de Lina María Cendoya Bejarano (*audiencia 8 de octubre de 2021 record. 0:39:17),* Trabaja en INDEGA desde el año 2009, actualmente es la gerente de desarrollo social y laboral, aunque no conoce en persona al demandante, por su cargo es conocedora de los pormenores de su caso; relató, en el año 2014, la empresa fue notificada de un fallo judicial relacionado con Néstor Fernando Monroy; con tal motivo se tuvieron unas reuniones con la sociedad FL Colombia y se decidió que esta última sociedad reintegrara a Néstor. Afirmó que luego del reintegro por cuenta de FL Colombia, no tuvo ningún vínculo laboral con INDEGA S.A.

El testigo Joaquín Roa Morales (*audiencia 8 de octubre de 2021 record. 0:57:20)* empleado de INDEGA S.A. desde el año 1992, actualmente analista de refrigeración, no le consta si el demandante tiene vínculo directo con INDEGA S.A. y además de referir que el actor estuvo afiliado a SINALTRAPACOL, no ofreció ninguna información relativa a su actividad laboral.

Declaró ALBERTO RAMÍREZ PIZARRO (*audiencia 8 de octubre de 2021 record. 0:55:58)*, Fue gerente de asuntos laborales de INDEGA S.A. entre los años 2003 y 2016. Le consta que durante ese período el aquí demandante nunca estuvo vinculado a la sociedad enjuiciada. Sin embargo tuvo conocimiento de las demandas de Néstor Fernando Monroy y conoció del fallo proferido por el Tribunal de Bogotá; relató, FL Colombia es un proveedor del servicio de transporte a INDEGA; recuerda que se le dio cumplimiento a la sentencia, con el reintegro que le hizo la sociedad FL. Insistió en que mientras estuvo en la compañía el demandante no prestó le prestó ningún servicio a la empresa y en consecuencia no se le hizo ningún pago; tampoco le consta que luego de su reintegro por parte de FL COLOMBIA, el actor hubiera ingresado a las instalaciones de INDEGA S.A.

Analizado el caudal probatorio, como quiera que mediante la citada sentencia

proferida dentro del proceso de fuero sindical, el Tribunal Superior de Bogotá encontró acreditada la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y la sociedad INDEGA S.A. entre el 1° de julio de 2010 y el 5 de abril de 2011 y esa decisión se encuentra ejecutoriada y en firme, resulta diáfano que no es posible retomar ningún tipo de discusión en ese sentido, como quiera que lo allí decidido ya hizo tránsito a cosa juzgada.

En el mismo sendero, de la documental aportada, la Sala encuentra acreditado que la sociedad FL COLOMBIA pagó al demandante la suma de $171’859.694, en cumplimiento de la orden impartida mediante la mencionada sentencia y lo reintegró a un cargo administrativo en el área de archivo.

Sin embargo, no se adosó al paginario ningún medio de prueba testimonial ni documental que permita siquiera inferir que el demandante prestó sus servicios personales a la sociedad INDEGA más allá del 5 de abril de 2011, nótese que los testigos Lina María Cendoya y Alberto Ramírez Pizarro, quienes fungieron como gerentes del área de talento humano de INDEGA para la cronología de los hechos que se debaten fueron contestes en afirmar que una vez la sociedad FL Colombia reintegró al actor en acatamiento del fallo proferido dentro del proceso de fuero sindical, éste ni siquiera volvió a ingresar a las instalaciones de la demandada y mucho menos prestó un servicio a su favor.

En cuanto al testigo Joaquín Roa Morales, a más de hacer alusión a situaciones relativas con la afiliación del demandante a la organización sindical SINALTRAPACOL, no tiene conocimiento alguno respecto a que el demandante hubiera estado vinculado laboralmente con INDEGA.

Por ello, al no haberse acreditado la prestación personal del servicio por parte del demandante a INDEGA, no surge en su favor la presunción de existencia de un contrato de trabajo, normada en el artículo 24 C.S.T. a que líneas arriba se hizo referencia y por tanto, como bien lo advirtió el juez de primer grado, no es posible que el señor Monroy Moreno hubiera estado cobijado por el fuero circunstancial que alega, pues sin que sea necesario abordar el estudio relativo a su afiliación a

la organización sindical “SINALTRAPACOL”, o que existiera un conflicto colectivo con la sociedad convocada, se concluye que no puede gozar de la garantía foral aludida en el escrito introductor, por no haberse acreditado que fue trabajador de la demandada INDEGA.

En otro giro, afirmó la recurrente, que la sociedad INDEGA S.A. no dio cumplimiento a la sentencia proferida en el proceso de fuero sindical, aspecto que sin lugar a dudas escapa a la órbita de conocimiento por parte del juez singular así como de esta Corporación, en tanto, como ya se advirtió la mentada providencia ya hizo tránsito a cosa juzgada y no es posible revivir discusión alguna al respecto. Adicionalmente, si estima que con el reintegro y el reconocimiento dinerario que le hizo la sociedad FL Colombia, no se cumplió con la orden judicial, lo que procede es la búsqueda de su cumplimiento forzado, por medio de un proceso ejecutivo, mismo que según manifestó el juez a quo en su sentencia, ya fue incoado y cursa también en ese despacho judicial bajo el radicado 2019-398.

Agotada la competencia en esta instancia por el estudio de los puntos concretos objeto de censura, conforme las motivaciones precedentes, se confirmará la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

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

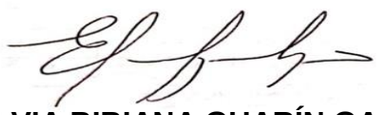
PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez Veinte Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO.- COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

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

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $1’000.000, 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 DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

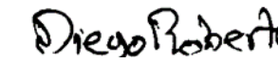
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CARMEN ELENA MARTÍNEZ GARCÍA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., SKANDIA S.A. Y PORVENIR S.A (RAD. 20 2020 00069 01)

Bogotá D.C. treinta (30) de junio 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 sociedad CAL & NAF ABOGADOS S.A.S, apoderada principal (fl. 5).



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos por Colpensiones, Porvenir, la demandante, Mapfre, Old Mutual Pensiones y Cesantías, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 13 numeral primero de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, 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., OLD MUTUAL HOY SKANDIA S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, así como el grado

jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el 22 de noviembre 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 1:08:43, archivo 21, expediente digital),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen pensional de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la señora CARMEN ELENA MARTÍNEZ GARCIA hacia la sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., el 31 de agosto de 2006 y sus posteriores traslados horizontales a la Administradora de Fondos de Pensiones Old Mutual S.A., hoy SKANDIA Fondo de Pensiones y Cesantías S.A. el día 18 de agosto de 2012, a COLFONDOS S.A. el día 31 de mayo de 2013 y finalmente su retorno a PORVENIR S.A., el día 18 de marzo de 2014, en atención a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR** como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.*
>
> ***TERCERO: ORDENAR** a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la afiliada CARMEN ELENA MARTINEZ GARCIA junto con los rendimientos financieros causados con destino a la AMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.*
>
> ***CUARTO: CONDENAR** en costas a las demandadas. La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CENSANTÍAS PORVENR S.A., SKANDIA S.A., COLFONDOS S.A. Y COLPENSIONES EICE, a favor de la señora CARMEN ELENA MARTÍNEZ GARCÍA. Tásense por secretaría, incluyendo como agencias en derecho el equivalente a tres (3) SMMLV, pagaderos a cuota parte. Condenar en costas a SKANDIA S.A., a favor de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., incluyendo como agencias en derecho el equivalente a un (01) SMMLV.*
>
> ***QUINTO:** De ser o no apelada la presente decisión, envíese ante el superior H. Tribunal de Bogotá Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta"*

Inconforme con la decisión los apoderados judiciales de las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A. SKANDIA S.A. y COLFONDOS S.A. la apelaron.

En primer lugar, COLPENSIONES solicitó se revoque en su integridad la sentencia de primer grado. Consideró no pueden aplicarse las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de manera indiscriminada; debe analizarse si la presunta falta de información generó un efecto adverso como lo es la pérdida del régimen de transición pensional o si por el contrario el afiliado se encuentra en desacuerdo con el monto de su mesada pensional, caso en el que se acude de forma indebida a este tipo de procesos, pasando por alto las normas que regulan las oportunidades en que puede surtirse la movilidad entre regímenes.

Estimó que mal puede la demandante pretender beneficiarse del régimen de prima media, cuando lleva más de 14 años vinculada al RAIS, porque con ello se pone en riesgo el sistema pensional y el futuro pago de las pensiones a quienes siempre han estado en prima media.
Solicitó se tenga en cuenta que la Sala Laboral del Tribunal de Bogotá, ha manifestado que el afiliado no está exonerado del deber de conocer las implicaciones del cambio de régimen y en caso de advertir un vicio en el traslado debió informarlo entonces y no ahora a instancias de este tipo de procesos.

Consideró que con los múltiples traslados dentro del RAIS, corresponden a actos de relacionamiento de la demandante, de los que se colige que, aunque tuvo la oportunidad de regresar al régimen de prima media, fue su voluntad permanecer en el de ahorro individual, asumiendo los beneficios y consecuencias de su decisión, lo que sustenta en las sentencias SL 4934 de 2020 y SL 1061 de 2021. Añadió, la declaración injustificada de ineficacia del traslado afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho a la seguridad social de los demás afiliados.

En cuanto a las costas del proceso, señaló, no se pueden destinar recursos de la entidad para fines diferentes a ella, por lo que en su criterio, la condena en costas y agencias en derecho resulta contraria a lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política, además, que la entidad no tuvo injerencia en la decisión de traslado de la demandante.[1] (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., récord 17:20).*

---

[1] *"**APODERADA COLPENSIONES** (record 17:20) Gracias, me permito interponer y sustentar recurso de apelación contra la sentencia proferida dentro del presente proceso con el fin que el honorable tribunal superior de Bogotá sala laboral revoque la decisión tomada por este*

despacho y en su lugar absuelva a mi representada, considerando lo siguiente: No se trata de aplicar de forma directa o indiscriminada las decisiones de la máxima autoridad de esta especialidad, como es la Corte Suprema de Justicia para todos los casos, sino por el contrario se debe analizar si la presunta falta de información produce un efecto cierto y adverso como lo es perder el régimen de transición pensional, o bien se trata de una situación donde el afiliado una vez no puede trasladarse de régimen y no puede hallarse de acuerdo con la mesada pensional, encuentra en esta clase de acciones la oportunidad ideal para obtener un beneficio indebido al buscar ignorar las normas que regulan de forma clara los términos y las oportunidades en las cuales debe surtirse la movilidad entre regímenes, siendo claro que este último no es el escenario objeto de protección ni el alcance de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, toda vez que tal proceder termina por socavar los principios fundamentales sobre los cuales se erige todo el sistema general de seguridad social como es la autonomía en la voluntad del afiliado y la libre elección de régimen pensional. Además es de tenerse en cuenta que una persona que no ha estado afiliada por más de 14 años al régimen de prima media pretenda que ahora el sistema sea solidario y requiere beneficiarse de aportes que no ha realizado pues esto pondría en riesgo el sistema pensional y el futuro pago de las pensiones de las personas que por el contrario siempre han cotizado al mismo. Por lo tanto es necesario considerar lo manifestado por el tribunal superior de Bogotá en sentencia con radicado 2018 445 del 30 de julio de 2020, donde se manifiesta que el afiliado no está exonerado de su deber de ilustrarse frente a la decisión de cambio de régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuido en su capacidad para celebrar actos y contratos y teniendo en cuenta que de su elección dependerá su futuro pensional, puesto que decide voluntariamente cambiarse de régimen, contando con la oportunidad de trasladarse nuevamente en los términos de la ley 797 del 2003 antes de que le faltaran los 10 años o menos para arribar a la edad mínima pensional. Si en gracia de discusión se advirtiese la existencia de un vicio en el traslado de régimen ocurrido, el mismo tuvo que haber sido advertido en esa oportunidad ante la información brindada, por lo que indefectiblemente a partir de esa fecha debía contarse con el plazo de cuatro años con el que contaba el afiliado para pedir la recisión del acto jurídico de traslado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código civil y como no lo hizo, ese hecho debe tenerse como una ratificación tácita del acto, con lo que se sanea cualquier nulidad que hubiese podido existir.

Así las cosas no es viable que el demandante pretenda que ahora la nulidad de su traslado, después de que observó que la pensión no estaría acorde con sus aspiraciones económicas, por ende el afiliado debe someterse a las condiciones del sistema por el que optó tal y como lo aceptó al firmar el formulario de vinculación. Debe tenerse en cuenta que la demandante con los múltiples traslados horizontales que realizó dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad, realizó comportamientos propios de actos de relacionamiento, por lo que es claro que la demandante quiso continuar con el régimen al que pertenece aun cuando tuvo la oportunidad de regresar al régimen administrado por Colpensiones. Es así como lo manifiesta la honorable Corte Suprema de Justicia en reciente sentencia SL 4934 de 2020, SL 1061 de 2021, donde se advierte que a través de los actos de relacionamiento que quedaron plenamente acreditados dentro del proceso y que no fueron discutidos dada la vía escogida, esto es el traslado horizontal constante entre las administradoras de pensiones dentro del régimen de ahorro individual y la información aunque parcial dio cada uno de ellos, se puede razonablemente entender la vocación que tenía la accionante de pertenecer al régimen adoptado y sobre todo de no retornar a Colpensiones pese a las prerrogativas con las que allí inicialmente contaba; se insiste tales comportamientos tácitos de la accionante que no conducen a entender que hubiera existido una perpetuidad en la asimetría de la información, sino que hubo un objetivo claro de continuar en ese régimen, asumiendo los beneficios y consecuencias que su decisión traía consigo. Ahora la declaración injustificada de la ineficacia del traslado de un afiliado al régimen de prima media al RAIS afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados como fue manifestado en sentencia T-489 de 2010 donde se declara que no se puede permitir la

A su turno, la apoderada de PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación señalando que en el presente caso no se demostró la presencia de dolo en el acto de afiliación de la demandante; aunque incumbe a las partes probar los supuestos en que se fincan sus pretensiones, en este tipo de casos por tratarse de afirmaciones indefinidas, la parte actora no debe aportar ningún tipo de prueba y se le impone a su representada la carga de aportar documentos que no eran exigibles para la época del traslado, pues para entonces la asesoría era verbal.

Dijo, el formulario de afiliación es un documento válido que se presume auténtico y en el presente caso los formularios que en dos ocasiones firmó la demandante con PORVENIR S.A. no fueron tachados de falsos y por tanto no pueden ser desconocidos ni se les puede restar valor probatorio y en ellos consta la decisión libre y voluntaria de la demandante de cambiarse al RAIS. En todo caso, señaló, el juez no le indicó a la entidad, cual es el documento que debe aportarse al expediente para que no se declare la ineficacia del traslado. Recordó, la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de retorno al RPM establecida en la ley 797 de 2003 y se excusa en una supuesta falta de información solo porque su *"plan de pensión no resultó acorde a sus aspiraciones".*

Frente a los gastos de administración, refirió, en el régimen de prima media también se hacen descuentos por este concepto y dicho porcentaje no hace

---

descapitalización del fondo, si personas que no contribuyeron a su formación vienen a último momento, cuando les faltan ya menos de diez años para concretar su pensión de vejez, a beneficiarse de un ahorro comunitario, accediendo a una pensión cuyo pago desfinancia el sistema. En cuanto a las costas del proceso resalto en inciso cuarto del artículo 48 de la Constitución Nacional en el que se refiere que no se podrán destinar los recursos de mi representada para fines diferentes a ella, por lo cual es dable interpretar que el pago de costas y agencias en derecho serían contrarios a esta preceptiva constitucional. Ahora bien, teniendo en cuenta la realidad de la jurisdicción laboral, los procesos ejecutivos en contra de mi representada se basan en el pago de costas por lo que la no condena en este evita la congestión judicial, salvaguardando principios de sostenibilidad financiera, más cuando mi representada no tuvo nada que ver con la decisión de la demandante. Por lo anteriormente expuesto no se comparte la decisión adoptada por el a quo y se solicita al honorable tribunal superior de Bogotá, sala laboral, revocar la sentencia dictada. De esta manera dejo expuesto mi recurso de apelación contra dicha sentencia. Muchas gracias señor Juez"

parte de la pensión de vejez, es decir, no corresponde al afiliado en ninguno de los regímenes. Consideró, por la naturaleza de dichos gastos, si recae sobre ellos el fenómeno de la prescripción. Añadió, la entrega de esos conceptos a Colpensiones genera un enriquecimiento sin causa para aquella y la ley y los conceptos de la Superintendencia Financiera señalan que en los eventos de ineficacia del traslado no procede la devolución de la prima previsional de seguros[2] *Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., récord 11:19).*

---

[2] *"APODERADA DE PORVENIR (record 11:19) Gracias su señoría estando en la oportunidad procesal pertinente me permito interponer y sustentar recurso de alzada contra la sentencia proferida para que los honorables magistrados de la sala laboral revoquen en su totalidad la sentencia emitida por las siguientes razones: La primera de ellas es que el fallador de primera instancia declara una ineficacia contenida en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, como manifesté en mis alegatos de clausura, esta norma nos habla de impedir o atentar contra la afiliación del trabajador, lo que supone un dolo que en ningún momento fue probado dentro del proceso. Es bien conocido por esta apoderada que la Corte ha generado una inversión en la carga de la prueba, sin embargo, el artículo 167 del Código General del Proceso indica que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen por tanto en este tipo de casos se resta cualquier tipo de carga probatoria a los demandantes, lo único que deben hacer dentro de sus escritos de demanda son negaciones indefinidas sin que puedan aportar ningún tipo de prueba y es a mi representada a la que se le impone una carga procesal excesiva allegando documentos inexistentes para la época. Al respecto me permito reiterar que la información que se brindó fue totalmente completa al momento de la afiliación, pero esta información se brindaba de manera verbal, por tanto no existe un documento adicional que podamos allegar al expediente; el formulario de afiliación, documento que fue allegado para los dos traslados que generó con mi representada la aquí demandante son documentos válidos públicos, que se presumen auténticos y los cuales no fueron tachados de falsos por la parte demandante. A ese formulario no puede restársele valor probatorio y mucho menos desconocerlo ya que nace del cumplimiento de la ley. El artículo 114 de la ley 100 de 1993, indica que cuando se genere un cambio de régimen, este debe hacerse por escrito con la manifestación de que se hace de forma libre y voluntaria, tal como lo hizo mi representada y por cumplir con la ley no debe ser condenada. Además de ello si el formulario de afiliación no es una prueba suficiente, adicional a los traslados horizontales, al hecho que la demandante haya permitido los descuentos con destino al fondo privado que represento, al hecho que haya retornado a Porvenir, fondo que generó el traslado de régimen de la aquí demandante, si todas esas pruebas no son suficientes, el fallador de primera instancia no nos indica entonces, cual es el documento que se les exige a las administradoras y en que norma está soportada o cual es la prueba que se debe arrimar al expediente para que en todos los casos de nulidad o ineficacia no terminen saliendo avantes las pretensiones del demandante. Importante también indicar que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal que establece la ley 797 de 2003 y esta norma fue sometida a un control previo de constitucionalidad y conforme a la sentencia C 1024 de 2004 fue declarada exequible poniendo aspectos de interés general por encima del particular como la protección del sistema general de pensiones o la no descapitalización del régimen de prima media y con un principio de estabilidad financiera en el RAIS por tanto no es dable que la demandante se excuse en una supuesta falta de información únicamente porque su plan de pensión no resultó acorde a sus aspiraciones nótese honorables magistrados, que la demandante aquí generó varios traslados horizontales, que recibió varias asesorías, que en ningún momento se preocupó sobre su futuro pensional y solamente cuando está ad portas a una edad pensional y se da cuenta que el monto de la mesada pensional en el régimen de prima media*

(*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).*

La apoderada de SKANDIA S.A. frente al llamamiento en garantía, señaló su procedencia conforme lo manifestó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia No. 69151 de 28 de mayo de 2015 además de innumerables decisiones de la jurisdicción laboral que respaldan la admisibilidad de esta figura en la jurisdicción laboral, que supone como puente un seguro previsional y por tanto está inmerso en el sistema pensional, por tanto solicitó se revoque la decisión de absolver a MAPFRE del llamamiento en garantía y en su lugar se le condene a sufragar la condena impuesta frente a la devolución del porcentaje de gastos de administración en el evento que se confirme la condena por estos conceptos.

En relación con las costas del proceso, resaltó, su representada no participó en el acto de cambio de régimen de la demandante, por lo que a voces de la Corte

---

pudiese ser superior, genera un proceso de ineficacia de la afiliación, generando negaciones indefinidas que por supuesto acertó dentro del interrogatorio de parte manifestando exactamente lo mismo, cuando no rinde cuenta de cual fue el engaño real que pretende hacer valer con este proceso. Además de ello es importante resaltar que el fallador de primera instancia no solamente genera una condena a retornar la cuenta de ahorro individual sino que también genera una condena a trasladar los gastos de administración y al respecto es importante mencionar que el inciso 2 del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 expone que también en el régimen de prima media se debe destinar un 3% de cotización a financiar gastos de administración , pensión de invalidez y sobreviviente y es que estos gastos de administración no forman parte integrante de la pensión de vejez, es decir, no es un emolumento que le corresponda al afiliado en ninguno de los dos regímenes pensionales y aunque se declara no probada la excepción de prescripción, si verificamos la naturaleza misma de los gastos de administración, podemos indicar que si se encuentran prescritos, ya que son dineros que se cobran como tracto sucesivo y por contraprestación de la labor de la buena gestión que desarrolló mi representada. También es importante mencionar que si se genera esa entrega de dineros a Colpensiones, lo mismo que generar un enriquecimiento sin causa a favor de esta demandada, que en ningún momento generó una buena administración que si hizo mi representada, no solo la ley sino en conceptos de la Superintendencia Financiera ha indicado que cuando procede un evento de nulidad o ineficacia, los únicos dineros que se deben retornar es la cuenta de ahorro individual sin que proceda la devolución de la prima previsional de seguros en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con ese deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza y tampoco procede la devolución de los gastos de administración. Así las cosas, solicito respetuosamente a los honorables magistrados Sala laboral del tribunal revoque la sentencia en cita y se absuelva a mi representada de cada una de las pretensiones de la demanda. Su señoría muchas gracias".

Suprema de Justicia en sentencia de 3 de abril de 2019, con radicado 68853, los jueces deben valorar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico; además, su representada actuó de buena fe, con lealtad procesal y sin temeridad, la naturaleza del proceso no es otra que acatar la jurisprudencia emitida en la materia y el proceso ni siquiera lleva un año de trámite seguros[3] *Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., récord 05:39).*

---

[3] *"APODERADA SKANDIA (RECORD 05:39) Gracias señor juez, muy respetuosamente interpongo recurso de apelación ante la honorable sala laboral del tribunal superior de Bogotá, con el fin de que sea revocada parcialmente la sentencia de primera instancia, argumentándome en lo siguiente: En lo que respecta al llamamiento en garantía, la Corte Suprema de Justicia en la sala de casación laboral mediante radicado No. 69151 de 28 de mayo de 2015 indicó sobre su admisibilidad en materia laboral que figura que resulta admisible en materia laboral en virtud de lo establecido en la ley de seguridad social integral que introdujo el régimen de ahorro individual con carácter de aseguramiento para los riesgos de invalidez y muerte, normativa que se ocupa también de los recursos para financiar las pensiones derivadas de esas contingencias, invalidez o sobrevivientes y opera a través de la administradora de pensiones, por lo demás existe suficiente respaldo legal que hace viable la figura del llamamiento en garantía en materia laboral, aún mas existen innumerables fallos emitidos en la jurisdicción ordinaria laboral que respaldan la admisibilidad de esta figura en esta jurisdicción , respaldo además con la tesis que el llamamiento en garantía supone en este caso como un puente un seguro previsional y por tanto está inmerso en el sistema pensional. Finalmente, fue la ley 100 de 1993 que posibilitó el contrato previsional, por lo tanto las acciones como la presente que tiene su naturaleza o fuente en la naturaleza jurídica de afiliación y traslado de régimen y los efectos que de él se derivan deben ser dirimidos por la jurisdicción laboral. De manera respetuosa le solicito al tribunal que revoque la sentencia en el sentido de absolver del llamamiento en garantía a MAPFRE COLOMBIA y en su lugar se condene a éste a sufragar la condena impuesta frente a la devolución del porcentaje de gastos de administración en el evento en que se confirme la ineficacia dado que en la precitada sentencia se está ordenando la devolución de los gastos de administración y como la motivación para negar el llamamiento fue que la falta de información no debe ser asumida por la aseguradora frente a lo cual me permito indicar mi oposición y en lo que respecta a las agencias en derecho toda vez que todo concepto de costas procesales especialmente la fijación elevada de las agencias en derecho indicadas en la sentencia apelada y así acatar la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia frente a la condena en costas a las administradoras de fondos de pensión en los procesos de la naturaleza que aquí se falla dado que mi prohijada no participó en el acto jurídico de traslado de régimen como se desprende de la sentencia CSJ del 3 de abril de 2019 con radicado 68853 M.P. la doctora Clara Cecilia Dueñas Quevedo indicó que implica la necesidad por parte de los jueces de valorar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, considerando además que mi prohijada ha actuado de buena fe, con lealtad procesal sin temeridad, con acatamiento de la ley, considerando además la naturaleza del proceso obedece a acatar*

Finalmente el apoderado de COLFONDOS S.A. apeló la decisión de primer grado únicamente en relación con la condena en costas que se le impuso a su representada. Solicitó su revocatoria teniendo en cuenta que la entidad no tuvo injerencia en la decisión de la demandante de cambiarse de régimen y cuando se trasladó a COLFONDOS ya contaba con 49 años de edad y estaba inmersa en la prohibición de traslado de régimen; el presente proceso lleva en trámite menos de un año y por ello no hay lugar a que se imponga condena por este concepto a su representada. [4] *Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., récord 01:48).*

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 subsanación *(páginas 5 a 7, archivo "03 2020-069 fl. 183 a 362 SUBSANACIÓN DEMANDA.pdf", expediente digital)* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo *(páginas 3 y 4, ibídem)*, aspirando se declare la nulidad o ineficacia del traslado realizado por la demandante a PORVENIR S.A., OLD MUTUAL S.A. y COLFONDOS por la omisión del deber de información; se ordene a dichas entidades a trasladar las cotizaciones, bonos,

---

jurisprudencia de la alta corte en materia laboral mas no a un largo debate probatorio en un proceso que no lleva ni un año. En este sentido señor juez dejo sentado mi recurso".

[4] *"APODERADO COLFONDOS (record 01:48) Gracias señoría, presento recurso de apelación parcial contra la sentencia proferida por su honorable despacho y esto en lo que tiene que ver no más en la condena en costas impuesta a mi representada, solicitándole a los honorables magistrados del tribunal superior de Bogotá se revoque esta condena que le fue impuesta a mi representada, teniendo en cuenta en primer lugar que mi representada no tuvo injerencia en el traslado de régimen y que la demandante cuando se trasladó a Colfondos ya contaba con la edad de 49 años y por tanto estaba inmersa en la prohibición de traslado de régimen, siendo así que la condena impuesta a mi representada resulta siendo exorbitante, teniendo en cuenta como ya lo he mencionado que es un proceso que ni siquiera lleva más de un año y por lo tanto pues no hay lugar a que se imponga una condena en costas a mi representada. Siendo así solicito se revoque esta condena impuesta a Colfondos. Gracias."*

aportes adicionales del asegurado con todos sus frutos e intereses y todos los rendimientos que se hubieran causado, se ordene a COLPENSIONES a recibir dichos aportes e incorporarlos en la historia laboral de la demandante 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 PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos y bonos pensionales si los hubiera. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada 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[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 el 3 de agosto de 1964 *(página 104, archivo "03 2020-069 fl. 183 a 362 SUBSANACIÓN DEMANDA.pdf", expediente digital)* por lo que a 1° de abril de 1994 contaba con 29 años y los 57 años de edad los cumplió el mismo día y mes del año 2021, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante

[5] *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 12 de septiembre de 2019 (*Páginas 66 a 72 archivo "03 2020-069 fl. 183 a 362 SUBSANACIÓN DEMANDA.pdf", expediente digital)* esto es, cuando le faltaban menos de diez años para adquirir el derecho pensional -tenía 55 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 260,49 semanas, que corresponden a 5,009 años *(página 43 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 31 **de agosto de 2006,** efectivo el **01 de octubre de 2006** (*Páginas 78 y 80, Archivo "18 2020-69 fl. 972-1098 contestacion porvenir.pdf", expediente digital),* por afiliación que hiciera a 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[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):

"(…)

[6] *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[7], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y 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.

"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

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***

---

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.

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 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[8], no acreditan de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar, que en el año 2006, una persona de PORVENIR visitó su puesto de trabajo y le pidió cinco minutos para suministrarle una información; en ese corto tiempo le dijo que

[8] Audiencia del 22 de noviembre de 2021, récord 01:49:35

el ISS se iba a acabar y su pensión se iba a perder; le dijo que si se cambiaba a PORVENIR su pensión iba a estar segura, incluso con una mesada un poco más alta que la que obtendría en prima media. El asesor diligenció el formulario con sus datos y ella lo firmó, pero no fue ilustrada sobre los rendimientos, 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 PORVENIR S.A., (*Página 80, Archivo "18 2020-69 fl. 972-1098 contestacion porvenir.pdf", expediente digital),* 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 82 a 84 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 –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 2006, 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 **(31 de agosto de 2006,** efectivo el **01 de octubre de 2006)** 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 80, Archivo "18 2020-69 fl. 972-1098 contestacion porvenir.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 PORVENIR 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 y gastos de administración, como también la activación de su afiliación por parte de

COLPENSIONES en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Debe precisarse en este punto, ante un nuevo estudio del tema y atendiendo la recomposición de ésta Sala de Decisión se adicionará el numeral segundo del fallo de primer grado, en cuanto a que además de lo anterior, COLFONDOS y SKANDIA también deben devolver a COLPENSIONES los gastos de administración, igualmente tanto éstas como PORVENIR deberán retornar las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia[9], los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades[10], por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a cada uno de 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."***

Igualmente se dispondrá que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

También 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, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, y su imposición

[9] Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.
[10] Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

Así lo adoctrinó recientemente la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL359 de 2021, reiterada en la SL859 de 2021. En la primera providencia anotada, el órgano de cierre de esta jurisdicción consideró:

> *"**Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.***
>
> *En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibídem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.*
>
> *Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real."* (Negrillas de la Sala).

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)

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.

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 (…)".*

Teniendo en cuenta lo anterior y como el juez de primer grado no impuso condena concretamente por este concepto, se adicionará su decisión en este sentido.

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES[11], a favor de quien se surte la consulta (*página 32, archivo 05, 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:*
>
> *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*

[11] 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 de 11 de junio de 2021 (archivo 07, expediente digital).

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)

Frente a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. que fue absuelta por el juez a quo, en sentir de esta Corporación, en virtud de la póliza No. 9201411900149 (*página 27, archivo "16 2020-69 fl. 795-877 contestacion MAPFRE"),* la aseguradora no está obligada a cubrir ninguna de las eventuales condenas, atendiendo que lo pretendido en autos no es otra cosa que la declaratoria de ineficacia, por falta de consentimiento informado, de la afiliación realizada por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad con el consecuente retorno al régimen de prima media con prestación definida y el traslado de las sumas recibidas por concepto aportes, cotizaciones, bonos pensionales, adicionales, rendimientos financieros.

El anterior razonamiento encuentra sustento en lo previsto en el artículo 108[12] de la Ley 100 de 1993, que impone a las administradoras de fondos de pensiones el deber de contratar seguros colectivos previsionales que concurran a la financiación de las pensiones de invalidez y sobrevivientes que deban reconocerse a los afiliados del RAIS, lo cual implica que la garantía contratada

[12] **ARTÍCULO 108. SEGUROS DE PARTICIPACIÓN.** Los seguros que contraten las administradoras para efectuar los aportes adicionales necesarios para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes deberán ser colectivos y de participación.
<Inciso modificado por el artículo 54 de la Ley 1328 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> El Gobierno Nacional determinará la forma y condiciones cómo las sociedades administradoras de Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán contratar los seguros previsionales para el pago de las pensiones de invalidez y sobrevivencia.

solo se activa cuando ocurre el reconocimiento de dichas prestaciones –invalidez y sobrevivientes- y se requiere completar el capital respectivo para su pago al beneficiario, aspectos no comprendidos en la discusión de autos, lo que desde luego conlleva la absolución de la aseguradora convocada al proceso, como lo analizó el juez a quo.

Finalmente, respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte de COLPENSIONES, SKANDIA Y COLFONDOS, 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 las citadas entidades, 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, 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 adicionará la sentencia en los puntos anteriormente expuestos y 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: ADICIONAR el ordinal al **TERCERO** del fallo de primer grado, para ordenar a PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A. devolver a COLPENSIONES los gastos de administración y además las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente **indexados** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a cada una de esas administradoras, conforme lo considerado.

SEGUNDO: DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia proferida por el Juzgado 20 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

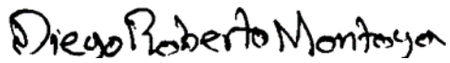
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARISOL IBAGON CASTRO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, PROTECCIÓN S.A. y la vinculada como litisconsorcio necesario PORVENIR S.A. (RAD. 20 2021 00265 01)

Bogotá D.C. treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada AMANDA LUCIA ZAMUDIO VELA 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, el cual fue remitido a esta Corporación mediante correo del 6 de junio de los corrientes.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos por la demandante, Porvenir y Colpensiones, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 13 numeral primero de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, 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 Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el 7 de abril del 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 1:07:05, archivo 16 expediente digital),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR*** *la ineficacia o traslado de Régimen pensional de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la señora MARISOL IBAGON CASTRO hacia la sociedad COLPATRIA hoy PORVENIR, el 31 de agosto de 1994 y su posterior traslado horizontal a ING hoy PROTECCION S.A., el 12 de agosto de 1998; conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR*** *como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a COLPENSIONES.*
>
> ***TERCERO: ORDENAR*** *a PROTECCION S.A., devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de MARISOL IBAGON CASTRO, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.*
>
> ***CUARTO: CONDENAR*** *en costas a PROTECCION, PORVENIR y COLPENSIONES y a favor de la señora MARISOL IBAGON CASTRO. Tásense por secretaría, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente 3 SMMLV, pagaderos a cuota parte.*
>
> ***QUINTO:*** *De ser o no apelada la presente decisión, envíese ante el superior H. Tribunal de Bogotá Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.****"***

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

En primer lugar, COLPENSIONES solicitó se revoque en su integridad la sentencia de primer grado. Consideró no pueden aplicarse las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de manera indiscriminada; debe analizarse si la presunta falta de información generó un efecto adverso como lo es la pérdida del régimen de transición pensional o si por el contrario el afiliado se encuentra en desacuerdo con el monto de su mesada pensional, caso en el que se acude de forma indebida a este tipo de procesos, pasando por alto las normas que regulan las oportunidades en que puede surtirse la movilidad entre regímenes.

Estimó que mal puede la demandante pretender beneficiarse del régimen de prima media, cuando lleva más de 26 años vinculada al RAIS, porque con ello se pone en riesgo el sistema pensional y el futuro pago de las pensiones a quienes siempre han estado en prima media.

Solicitó se tenga en cuenta que la Sala Laboral del Tribunal de Bogotá, ha manifestado que el afiliado no está exonerado del deber de conocer las implicaciones del cambio de régimen y en caso de advertir un vicio en el traslado debió informarlo entonces y no ahora a instancias de este tipo de procesos.

Consideró que los traslados dentro del RAIS, corresponden a actos de relacionamiento de la demandante, de los que se colige que, aunque tuvo la oportunidad de regresar al régimen de prima media, fue su voluntad permanecer en el de ahorro individual, asumiendo los beneficios y consecuencias de su decisión, lo que sustenta en las sentencias SL 4934 de 2020 y SL 1061 de 2021.

Añadió, la declaración injustificada de ineficacia del traslado afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho a la seguridad social de los demás afiliados.

En cuanto a las costas del proceso, señaló, no se pueden destinar recursos de la entidad para fines diferentes a ella, por lo que en su criterio, la condena en costas y agencias en derecho resulta contraria a lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política, además, que la entidad no tuvo injerencia en la decisión de traslado de la demandante[1] (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., récord 1:09:20).*

[1] Gracias señor juez me permito presentar y sustentar recurso de apelación contra la sentencia proferida dentro del proceso de la referencia, con el fin que el Honorable Tribunal Superior de Bogotá sala laboral, revoque la decisión tomada por este despacho y en su lugar absuelva a mi representada.

Considerando que la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que debe analizarse si en la presunta falta de información se produce un efecto cierto y adverso como lo es perder el régimen de transición pensional o bien se trate de una situación en el que el afiliado no puede trasladarse de régimen y por no hallarse de acuerdo con la mesada pensional, encuentra en esta clase de acciones la oportunidad ideal para obtener un beneficio indebido, al buscar ignorar las normas, que al buscar, perdón, las normas que regulan el traslado entre los diferentes regímenes, siendo claro que pues este no es el escenario objeto de protección y alcance de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, toda vez que tal proceder termina por socavar los principios fundamentales sobre los cuales se rige todo el sistema pensional de seguridad social, como lo es la autonomía, y la voluntad del afiliado de la libre elección del régimen pensional.

Además, es de tener en cuenta que una persona que no ha estado afiliado por más de 26 años al régimen de prima media, pretende ahora que el sistema sea beneficiario y pretenda beneficiarse de aportes que no ha realizado, esto pone en riesgo el sistema pensional y el futuro pago de las pensiones de la apersonas que por el contrario siempre han cotizado al mismo.

A su turno, la apoderada de PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación señalando que se presentó un traslado horizontal en el año 1998 hacia PROTECCIÓN circunstancia que denota que la demandante si suscribió formularios de afiliación, además de ello, conocía que se estaba vinculando en su momento a un fondo privado y además permaneció en el tiempo por 25 años.

Precisando se están desconociendo los actos realizados por la demandante con esa declaratoria de ineficacia, dejando a un lado los formularios de afiliación suscritos para la época los cuales no fueron tachados de falsos y son documentos existentes y válidos a la vida jurídica, precisando para la época no existía una exigencia legal para dejar de manera documental la asesoría brindada, siendo el formulario de afiliación un documento que fue aceptado por

---

Por lo anterior, es necesario considerar lo manifestado por el Tribunal Superior de Bogotá en sentencia con radicado 2018 445 del 30 de julio del 2020, donde se manifiesta que el afiliado no está exonerado del deber de ilustrarse de la decisión del régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuido en la capacidad para celebrar los actos y contratos y teniendo en cuenta que de su elección depende su futuro pensional; puesto que decidió voluntariamente cambiarse de régimen, contando con la oportunidad de trasladarse nuevamente al régimen de prima media, en los términos dispuestos en la ley 797 del 2003.

Si en gracia de discusión se advirtiese que la existencia del vicio que alega en el traslado de régimen que alega, el mismo tuvo que se advertido en esa oportunidad ante la información brindada por lo que indefectiblemente a partir de la fecha contaba con el plazo de 4 años, con el que cuenta el afiliado para pedir la recisión del acto jurídico alegado, y como no se realizó este hecho debe tenerse como una ratificación tacita del acto con la que se sanea cualquier nulidad que hubiese podido existir. Así las cosas, no es viable que el demandante pretenda ahora la nulidad o ineficacia del traslado, pues después de que observó que la pensión no estaría acorde con sus aspiraciones económicas, por ende, el afiliado debe someter a las condiciones del sistema por el que optó tal y como lo admite al firmar el formulario de afiliación.

Se debe tener en cuenta que la demandante con los traslados que realizó dentro del régimen de ahorro individual, realizó comportamientos propios de los actos de relacionamiento con el que la demandante quiso continuar al régimen al cual pertenece, aun cuando tuvo la oportunidad de regresar al régimen de prima media, es así como lo ha manifestado la honorable Corte Suprema de Justicia en recientes sentencia SL 4934 del 2020, SL 1061 del 2021, como magistrada ponente la Dra. Diana María Muñoz Segura, donde se advierte que a través de los actos de relacionamiento, el traslado horizontal constante entre administradoras de pensiones dentro del régimen de ahorro individual, se puede razonablemente entender la vocación que tenía la demandante de permanecer vinculada a dicho régimen y sobre todo de no retornar a COLPENSIONES, pese a las prerrogativas con las que allí inicialmente contaba.
Ahora, la declaración injustificada de la ineficacia del traslado de un afiliado del régimen de prima media al RAIS afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho fundamental de los demás afiliados como fue manifestado en sentencia T.489 de 2010, donde se declara que no se puede permitir la descapitalización del fondo.

En cuanto a las costas del proceso, resalto el inciso 4 del artículo 48 de la Constitución Nacional, en el que se refiere que no se podrá destinar los recursos de mi representada para fines distintos a ella, por lo cual se debe interpretar que el pago de costas y agencias sería contrario a esta preceptiva constitucional, más considerando que mi representada no influyo en los traslados por la aquí demandante.

Por lo aquí expuesto no se comparte la decisión adoptada por el a quo, y se solicita al Honorable Tribunal Superior de Bogotá revocar la decisión dictada por este despacho. Muchas gracias.

la Superbancaria y además de ello, cumple con los criterios del artículo 11 del decreto 692 del año 1994.

Aduce que se omite la prohibición legal contenida en la ley 797 del año 2003 dispuesta por el legislador no de manera caprichosa, sino en aras de esa sostenibilidad del sistema, precisando la motivación de la demandante es por una aspiración pensional y esto no debe ser óbice para declarar una ineficacia del traslado.

En lo atinente a la condena en costas, señala se está olvidando ese factor objetivo del artículo 365 del Código General del Proceso, además de la inexistencia de un obrar temerario, de mala fe, sino que es el resultado de ser condenado y de ser la parte vencida en un proceso, señalando su representada sí entregó y realizó una debida administración de los aportes de la demandada y no se demostró dentro del proceso causal que haya invalidado esa libertad de escogencia, teniendo en cuenta que la demandante si tuvo la oportunidad de solicitar traslado horizontal y además de ello pudo haber agotado la actuación de retracto o solicitud de vinculación al régimen de prima media, solicitando su revocatoria[2]. (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., récord 1:14:06 archivo 16 expediente digital).*

[2] Gracias su señoría, estando dentro de la oportunidad procesal pertinente me permito presentar recurso de apelación solicitando la revocatoria total de la sentencia de primera instancia, en la medida que señores magistrados con esta declaratoria de ineficacia se encuentran afectados principios fundamentales del derecho, como lo son la confianza legítima, la sostenibilidad financiera del sistema pensional, debe señalarse señores magistrados que como bien fue determinado por el juzgador de primera instancia la demandante manifiesta y responde de manera evasiva sus preguntas, a las preguntas perdón, respecto que si se acuerda de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de su afiliación o vinculación tanto en COLPATRIA como con ING hoy PROTECCIÓN y en esta medida señores magistrados si solicitamos amablemente sea estudiado o valorado el caso en particular de manera detallada y no generando frente a estos procesos de ineficacia un pronunciamiento casi de manera automática, en la medida que la demandante acreditó en el interrogatorio de parte haber suscrito el formulario de afiliación con mi representada, además de ello consta el mismo frente a su vinculación, se acredita la firma de la demandante frente al formulario, estas circunstancias demuestran que si la demandante suscribe situación de vinculación con mi representada. Además de ello, se presenta un traslado horizontal hacia el año 1998 a PROTECCIÓN, estas circunstancias denotan que la demandante si suscribió formularios de afiliación, además de ello, conocía que se estaba vinculando en su momento a un fondo privado y además que esta situación permaneció en el tiempo por 25 años.

En esa medida pues hoy se están desconociendo los actos realizados por la demandante con esta declaratoria de ineficacia, se está desconociendo los formularios de afiliación suscritos para la época y es que no podemos dejar de lado que los documentos en ningún momento, los documentos no fueron tachados de falso, son documentos existentes, válidos a la vida jurídica, se presenta, además, de ello son válidos porque si se creó una cuenta de ahorro individual de la demandante, en la cual obran unos depósitos por aportes y además de ello se generaron unos rendimientos, estas circunstancias y con claridad se demuestra a través de las historias consolidadas, reporte de rendimientos y relación que se observa dentro del expediente digital, (inaudible) frente a la solicitud de vinculación o traslado horizontal para el año 1998, mi representada traslada los valores de la cuenta de ahorro individual en COLPATRIA,

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

CONSIDERACIONES

---

en esta medida se desconocen los formularios de afiliación suscritos por la demandante, además de ello, se desconoce que para la época no existía una exigencia legal para dejar de manera documental la asesoría brindada, el formulario de afiliación es un documento que fue aceptado por la Superbancaria y además de ello, cumple con los criterios del artículo 11 del decreto 692 del año 1994.

La demandante hoy pretende desconocer sus actuaciones y aún más pretende asegurar que desconocía a que fondo se encontraba vinculada más, sin embargo, si recibía extractos por parte de PROTECCIÓN, la demandante omitió, lo que se observa aquí es que omitió sus deberes como consumidora financiera, pretende olvidar o además de ello, no se preocupa por su futuro pensional, sino solamente a portas de adquirir la edad de pensión.

En estas circunstancias señores magistrados tenemos que valorar debidamente el acervo probatorio, aún más cuando se le endilga a los fondos privados a allegar pruebas diferentes al formulario de afiliación, esto es a partir de la ley 1328 de 2009, la ley 1748 del año 2014, bajo estas premisa pues hoy se está imposibilitando en este caso a mi representada demostrar si la entrega de la debida información puesto que para la época si era la dable la información de manera verbal y hoy se está imposibilitando al presentarse o pretenderse allegar documentales que para la época no se exigían, en esta medida se desconoce el formulario que era la debida, el debido documento que demostraba que la demandante si quería ser vinculada y quería ser perteneciente al régimen e ahorro individual.

Además, de ello señores magistrados se omite la prohibición legal contenida en la ley 797 del año 2003 dispuesta por el legislador no de manera caprichosa, sino en aras de esa sostenibilidad del sistema, aún más de esa situación de pertenecía en el fondo en el cual la demandante decide realizar sus aportes, la demandante no realizó aportes por 5 años, lo que se observa pues la demandante ha estado por más de 25 años, generando aportes que ha obtenido rendimientos que (inaudible) su capital y estas circunstancias demuestran con claridad la situación y que la demandante en ningún momento presentó inconformidad conforme a esa situación de vinculación al régimen de ahorro individual y que hoy se declaró una ineficacia a sabiendas que la motivación de la demandante es por una aspiración pensional y que esto no debe ser óbice para declarar una ineficacia del traslado, que además, de ello declaró que los fondos privados en su sentir, unas obligaciones como tal como fondo privado, más sin embargo, que pasa con los consumidores financieros, que pasa con esos deberes de verificar los formatos que se suscriben, que pasa con esas obligaciones referentes a verificar su estado pensional, la demandante en ningún momento se acerca a los canales de atención dotados por los fondos privados, solamente hasta a portas de su edad pensional, y en esta medida hoy se está debilitando a una parte que también tiene unas obligaciones.

En esta medida señores magistrados solicitamos una verificar total y que no se debe haber desconocido ese actuar, que no se desconozca los formularios de afiliación suscritos por la parte actora.

Además de ello, señores magistrados en lo ateniente a la condena en costas pues hoy se está olvidando ese factor objetivo del artículo 365 del Código General del Proceso, además de ello no podemos dejar de lado lo que indica la Corte Constitucional en sentencia C157 del año 2013, en lo que refiere que la condena en costas es, no resulta de un obrar temerario, de mala fe, sino que es el resultado de ser condenado y de ser la parte vencida en un proceso, más sin embargo, resultan exorbitantes la condena en costas, en el sentido en que mi representada aunque no se consideran los formularios de afiliación pues en su caso mi representada si entregó y realizó una debida administración de los aportes de la demandada, aún más se observó que no se demostró dentro del proceso causal que hay invalidado esa libertad de escogencia, teniendo en cuenta que la demandante si tuvo la oportunidad de solicitar traslado horizontal y además de ello pudo haber agotado la actuación de retracto o solicitud de vinculación al régimen de prima media, más sin embargo, esto no fue agotado. Bajo estas perspectivas es claro y resultan exorbitantes la condena en costas a mi representada y a lo cual, si solicitamos una revocatoria frente a las mismas, teniendo en cuenta el factor objetivo del artículo 365 del Código General del Proceso.

Bajo este entendido sustentamos el recurso de apelación reiterando la revocatorio total de la sentencia de primera instancia. Muchas gracias.

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda *(páginas 1 y 2, archivo 1 expediente digital)* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo *(página 1, ibídem)*, aspirando se declare la ineficacia del traslado de pensiones del RPM al RAIS, en consecuencia se condene a PROTECCIÓN a devolver al RPM todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas de las aseguradoras, con todos sus frutos e intereses, rendimientos financieros, intereses y gastos de administración, igualmente se condene a COLPENSIONES a validar los aportes en pensiones y a incorporarlos en su historia laboral, condena en costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente 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 PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos y bonos pensionales si los hubiera. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR S.A. no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado. No ordenó la restitución de los gastos de administración y seguros previsionales por cuanto los mismos se causaron por mandato legal y se destinaron a proteger las contingencias de muerte e invalidez.

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*

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 19 de marzo de 1966 *(página 5, archivo 1 expediente digital)* por lo que a 1° de abril de 1994 contaba con 27 años y los 57 años de edad los cumpliría el mismo día y mes del año 2023, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante COLPENSIONES el 18 de marzo del 2021 (*Páginas 7 y 8 archivo 1 expediente digital)* esto es, cuando le faltaban menos de diez años para adquirir el derecho pensional -tenía 54 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 324,57 semanas, que corresponden 6 años, 3 meses y 22 días *(página 69 archivo 6 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 **31 de agosto de 1994,** efectivo el **01 de septiembre de 2006** (*Páginas 83 y 84, Archivo 12 expediente digital),* por afiliación que hiciera a COLPATRIA 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

---

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".

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

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

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. antes COLPATRIA.

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

---

[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.

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.

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 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 no recordaba las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dio el traslado ni mucho haber firmado el formulario.

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 COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., (*Página 86, Archivo 12 expediente digital),* 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 94 a 96 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 –PORVENIR S.A. antes COLPATRIA- no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características.

---

6 Audiencia del 7 de abril del 2022, récord 23:35

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 1994, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP COLPATRIA antes 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 antes COLPATRIA omitió en el momento del traslado de régimen **(31 de agosto de 1994,** efectivo el **01 de septiembre de 1994)** 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 y para resolver los argumentos de apelación de PORVENIR, 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 (*Página 45, 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.

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 PROTECCIÓN S.A., como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora (*página 22*

Archivo 6 expediente digital), del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, como también la activación de su afiliación por parte de COLPENSIONES en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Debe precisarse en este punto, aun cuando no fue objeto de apelación por la parte demandante, como quiera que se conoce el presente proceso en el grado jurisdiccional de Consulta en favor de COLPENSIONES y ante un nuevo estudio del tema y atendiendo la recomposición de ésta Sala de Decisión se adicionará el numeral tercero del fallo de primer grado, en cuanto a que además de lo anterior, PORVENIR y PROTECCIÓN deben devolver a COLPENSIONES los gastos de administración, igualmente tanto ésta como PORVENIR deberán retornar las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia[7], los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades[8], por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a cada uno de 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."***

Igualmente se dispondrá que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus

[7] Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.
[8] Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

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

Ahora, con relación a la orden de disponer el pago debidamente indexado 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, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, y su imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

Así lo adoctrinó recientemente la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL359 de 2021, reiterada en la SL859 de 2021. En la primera providencia anotada, el órgano de cierre de esta jurisdicción consideró:

> *"**Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.***
>
> *En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibídem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.*
>
> *Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real."* (Negrillas de la Sala).

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)

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.

Frente a la orden aquí impuesta de la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, 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 y seguros previsionales. 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 interpuesta por COLPENSIONES[9], a favor de quien se surte la consulta (*página 30 a 32, archivo 05, 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:*
>
> *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*

[9] 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 del 9 de febrero del 2022 (archivo 07, expediente digital).

> *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 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 las citadas entidades, 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, 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 adicionará la sentencia en los puntos anteriormente expuestos y 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

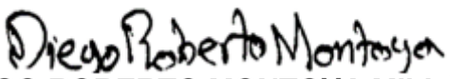
PRIMERO: ADICIONAR el ordinal al **TERCERO** del fallo de primer grado, para ordenar a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. devolver a COLPENSIONES los gastos de administración y además las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente **indexados** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a cada una de esas administradoras, conforme lo considerado.

SEGUNDO: DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto 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

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO JOSÉ EDUARDO DELVALLE GRANADOS CONTRA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ (RAD. 21 2019 00527 02).

Bogotá D.C. treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes (folios186 a 187 y 189 a 191), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 13 numeral primero de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente,

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida por la Juez Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 10 de marzo de 2022 (*Audiencia de Trámite y Juzgamiento, Art. 80 del C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 53:06, archivo CD folio 175 expediente digital*), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR*** *que entre el señor JOSE EDUARDO DEL VALLE GRANADOS y LA CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ para el periodo comprendido entre el 2 de julio de 2014 a 23 de marzo de 2021, existieron dos contratos de trabajo, el primero a término fijo celebrado entre el 2 de julio de 2014 a 17 de noviembre de 2014 y el segundo desde el 18 de noviembre de 2014 hasta el 23 de marzo de 2021, el que feneció por renuncia del demandante.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR*** *la ineficacia de la resolución del contrato del trabajo efectuada por la demandada CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTA el 19 de enero de 2019, por gozar el señor JOSE EDUARDO DEL VALLE GRANADOS para ese momento de estabilidad laboral reforzada por la afectación en su estado de salud.*
>
> ***TERCERO: ORDENAR*** *a la CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTA a pagar al aquí demandante JOSE EDUARDO DEL VALLE GRANADOS por concepto de salarios, prestaciones sociales, y vacaciones, dejadas de percibir desde el 19 de enero de 2019 hasta el 4 de marzo de 2019, fecha en que se efectuó el reintegro la suma $4.965.641,valores que deberán indexarse al momento*

de su pago.

***CUARTO: CONDENAR** a la CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTA a efectuar a favor de JOSE EDUARDO DEL VALLE GRANADOS los aportes al sistema general de seguridad social, dejados de realizar de 19 de enero de 2019 al 4 de marzo de 2019, atendiendo como ingreso base de cotización la suma de $2.726.272, esto con destino al fondo de pensión en que se encuentre afiliado.*

***QUINTO: DECLARAR** no probada la excepción de prescripción, cobro de lo no debido e inexistencia de las obligaciones reclamadas y buena fe propuesta por la demandada CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTA, respecto al último periodo reclamado, esto es frente al pago de prestaciones sociales del periodo reclamado, el que fue condonado en este proceso, esto es frente a las prestaciones del 19 de enero de 2019 a 4 de marzo de 2019 y PROBADA la excepción de inexistencia de la obligación respecto del periodo reclamado desde el 2 de julio, (sic); del 4 de marzo 2010 hasta el 1 de julio de 2014.*

***SEXTO: ABSOLVER** a CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTA de las demás pretensiones incoadas en su contra por el señor JOSE EDUARDO DEL VALLE GRANADOS.*

***SÉPTIMO: COSTAS** en esta instancia a cargo del demandando y a favor del demandante, liquídense por secretaría incluyendo como agencias en derecho la suma de $400.000por concepto de agencias en derecho".*

Inconforme con la decisión, la apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación en relación con la indemnización de los 180 días de que trata el artículo 26 de la ley 361 de 1997, por considerar su procedencia en tanto se acreditó en el proceso, que el demandante era sujeto de especial protección y fue despedido a pesar de haber puesto en conocimiento oportunamente a su empleador su situación de salud por medio de la jefe de recursos humanos y la jefe directa y en consecuencia al no haberse solicitado permiso para terminar la vinculación del demandante, procede la indemnización.

De otro lado, recordó que para el momento de presentación de la demanda el vínculo laboral estaba vigente, mas no así para la fecha de la sentencia, por lo que habiendo terminado el contrato el 23 de enero de 2021, a su juicio la juzgadora en uso de las facultades ultra y extra petita debió condenar a la demandada al pago de la indemnización moratoria por el no pago de salarios y prestaciones establecida en el artículo 65 C.S.T., por los salarios y prestaciones *"durante el tiempo siguiente al reintegro"* , por lo que solicita que en aplicación de las citadas facultades, en segunda instancia se acceda a esta petición[1] (*Audiencia de Trámite*

[1] *"**Apoderada demandante (57:07):** Okey, es que estaba confundida con las fechas, listo doctora, procedo a interponer recurso de apelación contra la decisión proferida el día de hoy 10 de marzo de marzo de 2022, por el despacho juzgado 21 laboral, en los siguientes puntos, en la parte resolutiva de la decisión de fondo y sobre lo cual voy a apoyar mis argumentos:*
Presento inconformidad frente a la declaración de la pretensión invocada en la demanda que refiere al artículo 26 de la ley 361 del año 97, frente al pago de los 6 meses de salario, si bien es cierto el despacho esta ordenando el pago de los salarios y de las prestaciones sociales, causadas entre el 19

de noviembre del 2019 al 23 de marzo de 2019, toda vez que le trabajador se encontraba protegido por debilidad manifiesta por un derecho fundamental, por lo tanto, debía ser reintegrado y así lo reconoció en este juzgado 21 laboral a ordenar definitivamente el reintegro y considerar que hubo un despido ilegal por causa de la parte demandada Cámara de Comercio. En ese orden de ideas, si bien es cierto el juzgado reconoció la existencia de la acción constitucional del artículo 53 Constitución Política, en el cual reconoce la debilidad manifiesta del señor JOSE EDUARDO DEL VALLE la momento de ser despedido y a sabiendas de la parte demandada habiendo sido notificado antes del despido y posteriormente enviándole por correo informado se siguió manteniendo la decisión, el juzgado así lo reconoce, lo reintegra, el despacho desconoce el pago de los 180 días cuando, si bien el señor JOSE DEL VALLE en su declaración manifestó que notificó a la señora Liliana trabajadora de la empresa, y así lo reconoció la Cámara de Comercio, de la trabajadora pero que hoy en día no se encuentra, era trabajadora fungía como la una jefe de recursos humanos y la otra como jefe directa del señor JOSE EDUARDO, quiere decir que la empresa tenía conocimiento. La cámara de comercio debió solicitar antes de despedir el permiso u autorización del Ministerio de trabajo, porque finalmente lo que se esta buscando con esta norma y la administración de la ley 661, es proteger y evitar que los empleadores cometan actos de discriminación, desprotección, vulneración de los derechos de la dignidad al trabajador.

Entonces, frente a estos preceptos de inconformidad teniendo en cuenta que debió condenarse también al pago del artículo 26 de la ley 361 por ser un despido ilegal y sin justa causa, en persona que se encuentra protegida por la protección constitucional de debilidad manifiesta. En ese orden de ideas como la indemnización o lo que pretende proteger es la intención o la mala fe del empleador al ejercer una facultad de despido a una persona que tiene una debilidad reforzada, aun a sabiendas antes del despido y posterior no pido permiso al ministerio, entonces interpongo recurso de apelación de tal manera que en segunda instancia sea revocada la decisión en este sentido y en su lugar se condene a la Cámara de Comercio de Bogotá a pagar la indemnización de conformidad con el artículo 26 de la ley 361 por despido ilegal y sin justa causa que fue reconocido en la sentencia de primera instancia y se ordene a pagar a EDUARDO la sanción que corresponde por el actuar de su empleador cámara de comercio, y que ocurrió el 18 de enero de 2019.

También me permito interponer recurso de apelación también frente a que el juzgado finalmente consideramos que la facultades ultra petita y extra petita son de una facultad que tiene el juez de instancia, también lo es que para el momento de la demanda que se interpuso no, la relación laboral estaba vigente para aquel momento, por lo cual no se pidieron salarios moratorios, sin embargo, dentro de los deberes y facultades consagrados en el artículo 50 del código del procedimiento laboral, tiene la facultad el empleador, perdón, el juez de (inaudible), la facultad o si observa si ocurren hechos o situaciones que pudiera llevar a una posible condena ultra y extra petita, en ese orden de ideas, consideró que la señora juez con el debido respeto debió condenar a salarios moratorios, toda vez que la relación laboral término el 23 de enero de 2021, el empleador Cámara de Comercio tenía pleno conocimiento que adeudaba esta suma de dinero, que había reintegrado y aun así se negó a pagarlos, toda vez que el juez de instancia reconoce el hecho del despido ilegal, ordena el pago de los mismos, también es cierto que debió condenar a lo extra y ultra petita hubiera generarse, los salarios moratorios del artículo 65 del Código Sustantivo del trabajo, que la norma reconoce indica que a la terminación de la relación laboral, el empleador debe pagar los salarios y prestaciones sociales al trabajador, por lo tanto, le asistió, aquí quedó demostrado la mala fe tanto que la señora juez en las excepciones no declaró prospera la excepción de buena fe que invoca el empleador, por lo tanto existe mala fe, a que sabiendo que se da reintegro, sabiendo que estaba frente a una situación de una persona de debilidad manifiesta y que le atañe la protección durante casi 2 años, le negó ese pago y ese pago de salarios y prestaciones sociales. Así las cosas, el artículo 65 numeral 1, que, si a la terminación del contrato el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones sociales salvo a los autorizados por la ley, o convenidas por las partes deberá pagar un salario una suma igual al último salario diario por cada día de retardo. En ese orden de ideas, quedo probado y así lo declaró la señora juez, que el salario del señor JOSE DEL VALLE, para el momento de la terminación es de $2.726.272 y sobre eso pues se liquidación, el cálculo matemático perdón, sobre los salarios y prestaciones sociales. Así las cosas, debió haber declarado como consecuencia del no pago de los salarios y las prestaciones sociales a la terminación de la relación laboral, debió ordenar el pago de la indemnización, ordenada en el artículo 65 del código sustantivo del trabajo, igualmente, acudiendo a la facultad que tiene el juez de primera instancia, igualmente lo tiene el juez de segunda instancia, me permito invocar la facultad contenida en el artículo 50 del código procesal del trabajo, en el cual se reconoce que el juez de instancia, el juez de primera o segunda instancia podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originan hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando parezca

y Juzgamiento, Art. 80 del C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 53:06, cd folio 175).

La apoderada de la parte demandada también interpuso recurso de alzada contra la decisión de primer grado. Argumentó, no se demostró que la entidad actuó de forma discriminatoria, en tanto no tenía conocimiento del padecimiento de VIH por parte del demandante y por ello a la hora de terminar el contrato sin justa causa no pudo discriminar al trabajador por su condición de salud. No desconoce que en el curso de la acción de tutela se notificó a la Cámara de Comercio el padecimiento del demandante y precisamente por ello, el juez constitucional de segundo grado concluyó que la decisión de terminar el contrato de trabajo fue adoptada por la entidad al amparo del artículo 64 C.S.T., pero sin incurrir en discriminación alguna.

Como consecuencia de ello, solicita se revoque la condena impuesta a su prohijada también en relación con los aportes a seguridad social en pensiones, que la entidad continuó realizando durante los meses de enero, febrero y marzo de 2019 aun cuando no estaba obligada a ello, en atención a que en el plenario se acreditó su pago y no hay lugar a efectuar un doble pago por este concepto.

Pidió que ello sea tenido en cuenta como un acto de buena fe y de protección del demandante ante su estado de salud, así como que cuando recibió la orden de reintegro la acató inmediatamente pese a no compartir la decisión y obedeció el pago de salarios, prestaciones y seguridad social, demostrando así su actuar de buena fe.

---

de estas son inferiores a la que corresponda al trabajador de conformidad con la ley, cuando no hayan sido pagadas, en este caso quedó probado que el empleador y así lo manifestó la señora juez en su parte resolutiva, fue no se pagó los salarios y prestaciones del trabajador durante el tiempo siguiente al reintegro como tampoco a la terminación del contrato de trabajo, así quedo confesado por el representante legal.

Así las cosas, la indemnización moratoria atendiendo al artículo 50 debió haber sido declarada por el despacho ultra o extra petita, toda vez que así se está considerando, se consideró el no pago de las mismas, y como la indemnización del artículo 65 corresponde al no pago de las prestaciones sociales en salario, pues así mismo debió decretarla.

Ahora en la demanda no estaba, por una situación que cuando se radicó la demanda la relación laboral estaba vigente, años después porque la demanda fue del año 2019, en el año 2021 efectivamente el señor JOSE EDUARDO presentó carta de renuncia también en sí, y esa terminación por ser uni, voluntaria, unilateral del trabajador no exime, no justifica o no le da al empleador la facultad de negarle el pago de las prestaciones sociales y salarios que se adeudaban en aquel momento, es claro para la señora juez y así quedo declarado que el despido fue ilegal, que se hizo el reintegro, ordenó el pago y como consecuencia de ello, si bien no fue pedida esta como una facultad del juez de primera instancia, así mismo declararla y reconocerla, máxime cuando esta suscrita ya lo había solicitado o lo haya manifestado en esta diligencia.

Así las cosas, solicito al Tribunal Superior de Bogotá sala laboral que tenga en cuenta las inconformidades y se condene a las pretensiones que se negaron con relación a esta apelación, por lo demás de conformidad señora juez y dejo sustentado de esta manera mi recurso de apelación, muchas gracias."

Insistió en que la convocada no conocía la condición de salud del demandante y no actuó de forma discriminatoria y por ello no es procedente la ineficacia del despido ni el pago de prestaciones que de esa orden se derivan, por lo que pidió se revoquen las condenas impuestas respecto del periodo comprendido entre el 18 de enero de 2019 y el 4 de marzo de la misma anualidad, en tanto la terminación del vínculo obedeció a una facultad legal del empleador [2] (*Audiencia de Trámite y Juzgamiento,*

[2] *"**Apoderada demandada (1:07:53):** Pues me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia que usted acaba de proferir, y a continuación paso a exponer los motivos por los cuales se presenta dicho recurso.*
En primer lugar, no puede procederse contra la condena impuesta a mi representada, como quiera que no es procedente la misma al no haberse demostrado que el empleador obró de forma discriminatoria, como en este mismo despacho se reconoció y como se reconoció el en el curso probatorio de esta instancia procesal y como se reconoció además, en la acción de tutela que previamente se había ejecutado, mi representada no obró de forma discriminatoria, mi representada no conocía la condición de VIH del trabajador y por consiguiente a la hora de tomar una decisión de terminar el contrato sin justa causa no podía entonces tomar dicha decisión., dicho obrar discriminatorio. Mi representada, por el contrario, obró de buena fe, desconociendo una condición de salud del demandante y por consiguiente era absolutamente claro que mi representad no ejerció, ni podría ejercer un acto discriminatorio en contra del demandante. No se puede desconocer que en el curso de la acción de tutela, en sede constitucional se demostró y comprobó que en efecto el demandante nunca notificó a la cámara, en vigencia de la relación laboral, su diagnosticó que VIH, y el demandante solo hasta su interrogatorio de parte y además faltando a la verdad, y sin ningún tipo de prueba adicional, pretendió hacer ver que si lo había notificado, sin prueba alguna respecto de ello, lo anterior, es tan así que el mismo juez que conoció la impugnación de tutela, reconoció expresamente que mi representada no obró de forma discriminatoria, así la decisión que tomó mi representada obedeció precisamente a una decisión libre y autónoma amparad en el artículo 64 del código sustantivo del trabajo, es por ello que la pretensiones de la demandada no puede estar llamadas a prosperar como quiera que mi representada no actuó de mala fe, ni de forma discriminatoria al demandante y su condición de salud en anda que tuvo que ver con la finalización del contrato de trabajo.
De esta forma, se le solicita al tribunal declarar improcedente la condena impuesta por este juzgado en cuanto a las consecuencias económicas que se pretenden derivar de la ineficacia del despido, no puede declararse la ineficacia del despido como quiera que el demandante se encontraba en una condición de debilidad manifiesta, pues y esta es la tesis que se tiene que acoger en esta instancia, y en esta sede judicial, el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria es precisamente la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, y la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia establece que se tiene que demostrar que en efecto la persona se encontraba en una condición, en una disminución física, mental, en una condición de discapacidad relevante para que podamos hablar de una condición de estabilidad laboral reforzada, como se indicó y se demostró en el presente proceso, al momento de tomarse la decisión de terminar el contrato de trabajo el demandante no ostentaba ninguna de estas condiciones, el demandante se encontraba en pleno ejercicio, y en plena facultades de su salud, pese a su diagnostico de VIH positivo que se reitera que se conoció con posterioridad a la finalización de la relación laboral. No se encontraba entonces el demandante en una situación de debilidad manifiesta, no existía ningún tipo de incapacidad, ni ningún tipo de discapacidad relevante, no se encontraba el demandante en ningún tramite de calificación de pérdida de capacidad laboral, por lo que es absolutamente claro y siguiendo la línea jurisprudencial de la sala laboral de la Corte Suprema de justicia que el demandante no se encontraba en una situación de debilidad manifiesta y por consiguiente no puede entonces entenderse que la decisión que tomo mi representada de finalizar el contrato de trabajo sin justa causa fue atentado contra dicha condición, pues se reitera no la conocía.
Así mismo, se solicita al Tribunal revoque la condena impuesta no solamente por los argumento anteriormente expuestos, sino porque además frente al pago de aportes al sistema general de seguridad social, que se condenó en esta instancia, aun cuando mi representada no tenía la obligación de realizar dichos aportes mi representada continuo realizando los aportes al sistema general de pensiones del demandante para los meses enero, febrero y marzo del año 2019 y ello se comprueba con la misma historia laboral que aportó su demandante en el interrogatorio de parte de

Art. 80 del C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:07:53, cd folio 175).

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 105 a 108)*, las cuale108 *a 111 ibídem*), encaminadas a que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 4 de marzo de 2013 y el 1° de julio de 2014 y del 1° de julio de 2014 a la fecha; se declare que para el 18 de enero de 2019, fecha en que la Cámara de Comercio de Bogotá terminó la relación laboral, el actor estaba cobijado por estabilidad laboral reforzada por haber sido diagnosticado con VIH positivo y en consecuencia se declare la ineficacia del despido; como consecuencia de esas declaraciones, se condene a la demandada a pagar los salarios causados entre el 4 de marzo de 2013 y el 1° de julio de 2014 y entre el 18 de enero de 2019 y el 4 de marzo de 2019, cesantías, intereses sobre las cesantías, primas de servicios, vacaciones causadas durante el mismo período, la sanción por no pago de intereses a las cesantías, indemnización por no consignación de las

---

PROTECCIÓN, en dicha historia laboral se reflejan los aportes que mi representada realizó para dichos meses, por consiguiente no hay lugar a que se condene al doble pago por dicho valor. Y además, debe tenerse esto como un acto de buena fe y de protección al demandante frente a su condición especial de salud, mi representada continuo realizando unos aportes al sistema general de seguridad social, posteriormente cuando recibió una orden de integro obedeció inmediatamente dicha orden de reintegro y por consiguiente obedeció a los pagos de seguridad social, los pagos a salarios, los pagos a seguridad social, los pagos a vacaciones a que tenía derecho el demandante, aun cuando no compartía la orden de reintegro, ni la ineficacia, ni comporte la ineficacia del despido que se esta declarando en este momento. Entonces esta más que demostrado en este plenario el actuar de buena fe de mi representada, el desconocimiento de la condición de salud del demandante, la inexistencia de una estabilidad laboral reforzada y por consiguiente no puede proceder con la ineficacia del despido.

En ese sentido se solicita al Tribunal revocar la sentencia de primera instancia emitida por este juzgado, respecto a la condena que reposa entre enero del, entre el 18 de enero de 2019 y el 4 de marzo de 2019, como quiera que la misma no es procedente, pues no se demostró ni se ha demostrado que mi representada actuara de forma discriminatoria y ´por consiguiente que se deba declarar la ineficacia del despido. En ese sentido, al no encontrarse demostrado un actuar discriminatorio no puede condenarse a mi representada al pago de prestaciones económicas que de ellas se derivan.

Así las cosas, solicito se revoque parcialmente la sentencia en primera instancia en lo referido a las condenas del periodo comprendido entre el 18 de enero de 2019 y el 4 de marzo de 2019, como quiera que el despido no fue ineficaz, sino que se acudió a una facultad legal, que hasta el sol de hoy en nuestro estado social de derecho no se ha disminuido y no se encuentra limitada para los empleadores.

Y solicito se confirme el resto de la sentencia en cuanto a la improcedencia de las demás pretensiones de la demanda. Muchas gracias".

cesantías, indemnización art. 26 de la Ley 361 de 1997, aportes a seguridad social, indexación de las condenas, lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Obtuvo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones, en tanto se declaró que entre las partes existieron dos contratos de trabajo, el primero entre el 2 de julio de 2014 y el 17 de noviembre del mismo año y el segundo, del 18 de noviembre de 2014 al 23 de marzo de 2021; se declaró la ineficacia de la terminación del contrato efectuada por la demandada el 19 de enero de 2019, porque para esa data el actor gozaba de estabilidad laboral reforzada por su estado de salud; se condenó a la convocada a pagar sumas por concepto de salarios, prestaciones sociales y vacaciones causados entre el 19 de enero de 2019 y el 4 de marzo del mismo año, suma que deberá pagarse indexada al momento del pago; efectuar los aportes a seguridad social en pensión por el mismo período, se declaró no probada la excepción de prescripción respecto del periodo comprendido entre el 19 de enero y 4 de marzo de 2019 y se absolvió a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.

Lo anterior tras considerar que a partir de las pruebas aportadas y recaudadas se pudo determinar la existencia de los dos contratos de trabajo en los extremos ya referidos, advirtió que por orden de tutela el actor fue reintegrado el 4 de marzo de 2019. Frente a la estabilidad laboral reforzada, encontró acreditada la condición de salud del demandante y reparó en que la Corte Constitucional ha enfatizado en la protección especial de que son objeto las personas con VIH, en que los empleadores no pueden exigir pruebas tendientes a acreditar dicha condición para permanecer en un trabajo, que los trabajadores con ese diagnóstico no están obligados a informar su condición de infectados por el virus y que también son beneficiarios de la estabilidad laboral reforzada por razones de salud.

Dio cuenta que el actor, días después de la terminación del contrato de trabajo comunicó a la demandada su diagnóstico de salud, y aunque no tenía la obligación de hacerlo, acorde con los lineamientos de la Corte Constitucional, ello no elimina la condición objetiva de vulnerabilidad en que se encontraba, por lo que a su juicio el desconocimiento del empleador respecto a la patología, no tiene incidencia en este caso en la estabilidad laboral reforzada, decisión que fundamentó en profusa jurisprudencia emanada de la Corte Constitucional. En este sentido consideró que cuando la demandada tuvo conocimiento del estado de salud del actor, dos días

después de la terminación de su contrato no debió dejar a su trabajador a la deriva, máxime cuando no existió una razón objetiva para el fenecimiento del vínculo.

Agregó que no acudió a las facultades ultra y extra petita frente a la indemnización moratoria, porque no se discutieron en el proceso hechos en este sentido y además, corresponde a un hecho sobreviniente que no fue debatido. Frente a la indemnización de 180 días de salario, estimó su improcedencia en atención a que por no conocer de la situación de salud del actor, no puede endilgarse a la enjuiciada un actuar discriminatorio que abriera paso a su reconocimiento, por lo que tampoco se le podía exigir que solicitara permiso para la terminación del contrato. Tampoco ordenó el reintegro definitivo al cargo, pues si bien en sede de tutela se dispuso el reintegro transitorio del actor hasta tanto el juez ordinario resolviera la cuestión de fondo, lo cierto es que la demandada reintegró al actor en cumplimiento de la orden constitucional y fue aquel quien en el transcurso de este proceso, presentó renuncia a su cargo.

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

1. Del 2 de julio de 2014 al 17 de noviembre de 2014
2. Del 18 de noviembre de 2014 al 23 de marzo de 2021

Tampoco hubo discusión frente a la modalidad de cada contrato que determinó a término fijo, ni en relación con el salario devengado por el demandante en cada uno de ellos. Igualmente se acreditó que la Cámara de Comercio de Bogotá, terminó el contrato de trabajo al actor el 18 de enero de 2019, sin haber invocado una justa causa para ello.

Así las cosas, se abordará el estudio de los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de la parte demandante y de entidad convocada, 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)*, por lo que partirá la Sala por analizar lo relativo a la invocada estabilidad laboral reforzada por salud.

Funda sus aspiraciones el accionante en la Ley 361 de 1997 *"Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones",* disposición que en su artículo 26, señala: *"Ninguna* ***persona limitada*** *puede ser* ***despedida*** *o su contrato terminado* ***por razón de su limitación****, salvo que medie autorización del Ministerio del Trabajo",* conducta que conforme al inciso 2º de la citada norma, es sancionada con el pago de una indemnización equivalente a 180 días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren, esto conforme a lo señalado en la sentencia C-531 de 2000.

Vale indicar que en esta última providencia –C-531 de 2000- la Corte Constitucional declaró exequible el inciso referido al pago de la indemnización *"bajo el supuesto de que (…)* ***carece de todo efecto jurídico*** *el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato."*, es decir, abrió la posibilidad de declaración de la ineficacia del despido o la terminación del contrato de un trabajador limitado.

Ahora, bajo los criterios jurídicos que sobre el particular han elaborado las jurisdicciones ordinaria y constitucional, para lograr la ineficacia del despido o la condena al pago de la indemnización, en el transcurso del debate procesal la parte demandante debe demostrar su limitación, mientras que a la parte demandada le corresponde eventualmente acreditar la autorización del Ministerio del Trabajo, o la justa causa del despido en el evento de invocarlo como motivo de terminación. Es importante precisar que para que opere esta garantía foral, no se trata de demostrar cualquier limitación o discapacidad, sino que aquella resulta *relevante,* esto es, que la misma reduce sustancialmente las posibilidades de obtener y conservar un empleo o progresar en este.

Así lo dejó sentando la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2841 de 2020, en la cual determinó:

> *"La Sala tiene explicado pacíficamente que e****l artículo 26 de la Ley 361 de 1997 protege a las personas «en condición de discapacidad»****, es decir que «solo aplica a quienes tengan una [discapacidad] física, psíquica o sensorial en los términos previstos en dicha normativa»,* ***pero no, respecto de cualquier limitación o discapacidad, sino ante aquella que se considera relevante por reducir sustancialmente las posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de***

progresar en este*, siguiendo el contenido del art. 1 del C159 de la OIT (ver sentencia CSJ SL17945-2017). Por esta razón, en un principio, el ordenamiento jurídico optó por fijar los niveles de limitación moderada, severa y profunda (artículo 5 reglamentado por el artículo 7 del D. 2463 de 2001 vigente para la época del despido del actor), a partir del 15% de la pérdida de la capacidad laboral, con el fin de justificar la acción afirmativa en cuestión, a quienes clasifiquen en dichos niveles.*

Aquí, ***la Sala aclara que prefiere usar el término discapacidad relevante para identificar al sujeto de la protección a la estabilidad laboral del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y no, el de invalidez que traen el C159 y las R. 99 y 168 de la OIT, para diferenciarlo del sujeto beneficiario de la pensión de invalidez que regula la normatividad de la seguridad social de origen interno.***

(….)

Lo anterior implica que la protección de la estabilidad en el trabajo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 ***está dirigida a la persona que tiene condiciones de salud reducidas para prestar el servicio personalmente, es decir, a aquella que tiene una discapacidad relevante y puede prestar el servicio en condiciones distintas del resto de la sociedad.*** *Dicho de otro modo, el precepto en cuestión busca proteger a las personas que, por la condición de discapacidad relevante, pueden encontrar barreras para acceder, permanecer o ascender en el empleo y que tales barreras pueden ser superadas por el empleador haciendo ajustes razonables. Según el art. 5 de la Ley 361 de 1997, reglamentado por el artículo 7 del D. 2463 de 2001, vigente para la época del despido del actor (se itera), esa discapacidad relevante se considera a partir del 15% de la pérdida de la capacidad laboral.*

(…)

Conforme a lo anterior, ***no le asiste razón al tribunal en cuanto sostiene que es suficiente la sola presencia de una debilidad manifiesta por motivos de salud****, para merecer la especial protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Con la interpretación del juez colegiado se rompe la justificación de tal medida excepcional, pues, con la ampliación indeterminada del grupo poblacional para el cual el legislador creó la acción afirmativa de la estabilidad laboral reforzada se afecta la proporcionalidad de la medida, con la vulneración de otros derechos fundamentales como el de libertad.*

En la sentencia CSJ SL 12998-2017, se recalcó en qué consiste la protección a la estabilidad y cuál es su justificación, para que no se desdibuje el propósito de la norma en comento al ser aplicada. El fin de la estabilidad laboral reforzada es asegurar la no discriminación en el empleo de quien puede prestar el servicio a pesar de su condición de discapacidad relevante y garantizar la adaptación y readaptación laboral de la persona. No se puede desviar su uso a fines distintos a los previstos en ella, como sucede cuando, a través de una interpretación sin rigor jurídico, se generaliza el campo de aplicación de la regla de estabilidad laboral reforzada como medio para satisfacer necesidades de protección propias de la seguridad social, cuya garantía ha de hacerse a través de otros mecanismos que sí sean idóneos, necesarios y proporcionados para ese fin, y que desarrollen los principios de la seguridad social como son la universalidad, la eficiencia, la progresividad, la solidaridad y sostenibilidad financiera, entre otros."

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia SU 380 de 2021, precisó que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 ordena su aplicación no solo a las personas con una pérdida de capacidad laboral calificada como *moderada, severa o profunda,* por una autoridad competente, sino que se extiende a toda persona en condición de salud que impide o dificulta el normal ejercicio de sus funciones. En tal escenario, dice esa Corte, para definir la manera en que la situación de salud impacta el desempeño de las actividades laborales de la persona afectada, deben tenerse en cuenta aspectos como *"i) el examen médico de retiro; ii) las incapacidades médicas vigentes o previas al momento de terminación de la relación laboral, iii) los diagnósticos y tratamientos médicos ordenados a la persona afectada y iv) accidentes de trabajo como causa de incapacidades médicas o dictámenes de calificación de la pérdida de la capacidad laboral (PCL)"*

Asimismo, en esa misma providencia consideró posible que el desempeño se dificulte por afectaciones de carácter psicológico o psiquiátrico, entre otros, cuando: "(*i) se acredita la presencia de estrés laboral;[174] (ii) la existencia de tratamiento médico, incapacidades o recomendaciones laborales, al momento de la terminación del vínculo; (ii) que el accionante haya informado al empleador que enfrenta un bajo rendimiento por razones de salud; (iv) que la enfermedad persiste después de la terminación del vínculo;[175] o (v) que la persona cuenta con un grado de pérdida de la capacidad laboral (aunque no sea moderada, severa o profunda).[176]".*

En esa orientación habrá de ser el empleador quien corra con la carga de demostrar que el despido estuvo fundado en razones distintas a la situación de salud del trabajador, y si este se produjo sin autorización de la oficina del trabajo, debe presumirse que la decisión se motivó en las condiciones de salud del trabajador, presunción que puede verse confirmada por la existencia de síntomas notorios de la enfermedad, el trámite de incapacidades médicas, permisos para asistir a citas o recomendaciones médicas por medicina laboral, o que el trabajador haya sido despedido durante un periodo de incapacidad laboral, entre muchos otros (SU380 de 2021).

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 6850 de 2016, discurrió:

> *"…En efecto, la censura parece diferenciar entre las causas justas y las razones que pueden acompañar a una decisión de despido. Por eso mismo, a pesar de que reconoce que en este caso no medio una justa causa, dice que la razón del despido fue la escisión de la entidad y no la condición de discapacidad del trabajador. Con fundamento en ello, en últimas, arguye que en el evento en que se propicie un despido unilateral y sin justa causa, en todo caso, el trabajador debe*

> *demostrar que la decisión se dio por razón de su discapacidad y no por otros motivos, para que opere la especial garantía de estabilidad.*
>
> *Una interpretación de esas características no puede ser avalada por la Corte, por las razones que pasan a exponerse:*
>
> ***La interpretación que propone la censura torna totalmente nugatoria la garantía de estabilidad y le resta todo efecto útil a la disposición, pues pone en manos del empleador la facultad de despedir al trabajador discapacitado, libremente, con la sola condición de no motivar su decisión en función de la especial condición de discapacidad.***
>
> *(…)*
>
> *Dicha interpretación también insta al trabajador a que, en el marco de un despido sin justa causa, demuestre que* ***la razón real de la decisión estuvo dada en su condición de discapacidad, lo que resulta del todo desproporcionado e inaceptable para la Corte****…"* (Resaltado por la Sala)

Adicionalmente, en sentir de ese Alto Tribunal, con lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no se prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, sino que lo que se sanciona es que dicho acto esté precedido de un acto discriminatorio. Bajo tal entendido, si el motivo no es su estado biológico, fisiológico o psíquico, el resguardo no opera, de allí que la invocación de una justa causa al momento de poner fin al vínculo laboral, excluya de suyo que la ruptura estuvo basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador y, en este escenario, se hace innecesario acudir al inspector del trabajo para obtener la autorización, porque el finiquito se soporta en una causal objetiva (Sentencia SL1360 del 11 de abril de 2018)[3]. Esta misma conclusión es compartida por la Corte Constitucional quien, en la plurimencionada sentencia de unificación determinó que "*la parte accionada desvirtuaría la presunción si acredita en sede judicial la existencia de una causa justa para terminar la relación".*

Sin embargo, en el caso particular, se encuentra acreditado que el demandante es portador de virus del VIH, como consta en el expediente (folio 87), por lo que es necesario referir, frente a las personas en esta situación, el Estado ha generado un trato diferencial positivo con miras a evitar que sean discriminadas en los diferentes ámbitos de su vida. Fue así que mediante el Decreto 1543 de 1997 se reglamentó

---

[3] *(…) Lo que atrás se afirma deriva del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues, claramente,* ***en ese precepto no se prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, lo que se sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio.*** *Nótese que allí se dispone que «ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado* ***por razón de su limitación****», lo que, contrario sensu,* ***quiere decir que si el motivo no es su estado biológico, fisiológico o psíquico, el resguardo no opera."***

Lo anterior significa que la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo, que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador. Aquí, a criterio de la Sala no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, pues, se repite, quien alega una justa causa de despido enerva la presunción discriminatoria; es decir, se soporta en una razón objetiva."

su manejo y entre otras disposiciones, se estableció que los portadores del virus no están obligados a informar a sus empleadores su condición de salud y, en caso de informarlo, esta situación no puede ser causal de despido. Igualmente, la Ley 972 de 2005 respecto a los portadores de VIH estableció que: *"en ningún caso se puede afectar la dignidad de la persona; producir cualquier efecto de marginación o segregación, lesionar los derechos fundamentales a la intimidad y privacidad del paciente, el derecho al trabajo, a la familia, al estudio y a llevar una vida digna".*

Frente a este tema, en sentencia T-277 de 2017, la Corte Constitucional analizó un caso muy similar a este, donde no se evidenció el nexo causal entre la terminación del vínculo laboral del trabajador y su situación de debilidad, en tanto no informó a su empleador su situación de salud *(portador de VIH)* y por esta razón no solicitó el correspondiente permiso al Ministerio de Trabajo y se enteró de la condición de salud, cuando fue notificado de una acción de tutela. En aquella oportunidad, la Corporación dio solución al caso, indicando que si bien no existió un nexo entre los padecimientos del trabajador y su desvinculación, después de enterado, el empleador no debió mantener su decisión de terminación de la relación laboral.

En aquella oportunidad recalcó que conforme al artículo 47 de la Constitución Política, el Estado tiene la obligación de garantizar el derecho a la igualdad, adelantando políticas de prevención, rehabilitación e integración social para personas con disminución física, síquica y sensorial con el fin que todos gocen de los mismos derechos, libertades y oportunidades.

Recordó que se han desarrollado unas herramientas tendientes a generar un trato diferencial positivo para los portadores de VIH/SIDA a fin de evitar su discriminación, que la ley 361 de 1997 ha establecido medidas tendientes a fortalecer la garantía de estabilidad de quienes se encuentren en situación de discapacidad, tuvo en cuenta disposiciones como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la Declaración de los Derechos de los Impedidos de Naciones Unidas de 1975 la Observación General Nº 5 del Comité DESC de 1994 relativa a las personas con discapacidad; la Observación General No. 18 del Comité DESC de 2005 sobre derecho al trabajo; el Convenio No. 159 de la OIT, sobre la readaptación profesional y el empleo (personas con discapacidad) de 1983; la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad del 13 de Diciembre de 2006 y la Clasificación Internacional del Funcionamiento y la Discapacidad CIDDM—2 de la Organización Mundial de la Salud de 1999.

Explicó que la Organización de las Naciones Unidas emitió las *Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA,* que establecen guías de comportamiento de los Estados con miras a respetar y proteger los derechos de este segmento poblacional e hizo alusión a la recomendación 200 de la OIT, en los siguientes términos:

> *Específicamente en cuanto a personas con VIH/SIDA, la Organización de las Naciones Unidas, profirió las Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA, con el fin de establecer algunas líneas para guiar y adecuar el comportamiento de los Estados en orden a respetar y proteger los derechos humanos. Respecto al asunto de la protección en el trabajo la QUINTA DIRECTRIZ establece: "Los Estados deberían promulgar o fortalecer las leyes que combaten la discriminación u otras leyes que protegen contra la discriminación en los sectores tanto público como privado a las poblaciones clave de mayor riesgo, las personas que viven con el VIH y las discapacitadas, velar por el respeto de la vida privada, la confidencialidad y la ética en la investigación sobre seres humanos, insistir en la formación y conciliación, y aportar medios administrativos y civiles prontos y eficaces".* [4]
>
> *En la interpretación que el mismo documento hace sobre la quinta directriz, señala: "d) Deberían aprobarse leyes, reglamentos y convenios colectivos para garantizar los siguientes derechos en el lugar de trabajo: (...) iv) la seguridad laboral de los trabajadores que viven con el VIH mientras puedan seguir trabajando, con la posibilidad de acuerdos laborales alternativos y razonables; (...) xi) la protección contra la estigmatización o la discriminación por parte de colegas, sindicatos, empleadores o clientes."*[5]
>
> *Finalmente, en cuanto a la Organización Internacional del Trabajo, la Recomendación 200 sobre el Trabajo y el VIH, establece y fortalece una serie de lineamientos para llevar a cabo la protección de los derechos consagrados en los distintos Acuerdos de esa organización. El párrafo 10 de la Recomendación citada estipula que el "estado serológico, real o supuesto, no debería ser un motivo de discriminación que impida la contratación, la permanencia en el empleo o el logro de la igualdad de oportunidades", de conformidad con las disposiciones del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111). Invita a los Estados a que consideren ofrecer una protección igual a la disponible en virtud del Convenio (núm. 111). El párrafo 12 insta a los Estados a "proveer una protección eficaz contra la discriminación relacionada con el VIH en el lugar de trabajo y a velar por su aplicación efectiva y transparente". La Recomendación dispone explícitamente que el estado serológico respecto del VIH, real o supuesto, no debería ser un motivo para terminar una relación laboral (párrafo 11). Además, estipula que "no debe existir discriminación en relación con los términos y las condiciones de empleo, incluidas las prestaciones relacionadas con el empleo".* [6]

---

[4] Organización de las Naciones Unidas, Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA, organizadas conjuntamente por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA, en 2006. P 17.

[5] Organización de las Naciones Unidas, Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA, organizadas conjuntamente por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA, en 2006. P 34.

[6] OIT, El VIH y el sida y los derechos laborales: Un manual para jueces y profesionales del derecho Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2015. La Recomendación núm. 200 fue debatida y adoptada en la 99.ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (2010), con la participación activa de los gobiernos, los representantes de organizaciones de empleadores y de trabajadores de todo el mundo, y por representantes de organizaciones de personas que viven con el VIH. En las discusiones también participaron otros organismos de las Naciones Unidas, en particular el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/ SIDA (ONUSIDA) y la Organización Mundial de la Salud (OMS).

A partir de todo ello, frente al caso particular que analizó, puntualmente explicó:

> *5.5. Es necesario reiterar la protección de garantías constitucionales del actor pues, si el empleador no sabía de su condición hay una desprotección latente ya que éste va a llevar su actuar de una manera normal, y si el actor informa su condición es posible que se presente de igual manera una amenaza de derechos fundamentales estando expuesto a irrespeto y actos de discriminación en su trabajo, lo cual genera un escenario de tensión entre derechos como la intimidad y la estabilidad laboral reforzada que es necesario resolver. Así las cosas, y a pesar de que no es posible conectar la condición del actor con su desvinculación, hay una desprotección de un sujeto de especial protección que se debe superar pues están en juego derechos fundamentales como la vida, la salud, el mínimo vital en dignidad, entre otros.*
>
> *5.6. Por lo tanto, esta Sala considera que, como se trata de una persona en circunstancias de debilidad manifiesta a causa de su padecimiento, que es considerado como una enfermedad gravísima, era necesario que el empleador solicitara permiso al Ministerio de Trabajo para desvincularlo, argumentando una causal legal y objetiva pero, como el accionado no tenía conocimiento de la condición del señor Samuel no se concretizó un acto de discriminación que cause la sanción establecida en el inciso 2º del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, de tal manera que no se ordenará su pago.*
>
> *5.7. No hay duda de que el actor es sujeto de especial protección constitucional por lo que en aras de materializar la estabilidad laboral reforzada a que tiene derecho teniendo en cuenta, no sólo garantías presentes en la normativa nacional sino también la internacional como aquella que promulga la necesidad de llevarse a cabo estrategias positivas que permitan "iv) la seguridad laboral de los trabajadores que viven con el VIH mientras puedan seguir trabajando, con la posibilidad de acuerdos laborales alternativos y razonables",[7] y como la demandada ya tiene conocimiento de que el actor es portador de VIH/SIDA, se ordenará su reintegro a un cargo en iguales o mejores condiciones al que ejerció hasta el momento de su desvinculación para garantizar el acceso a un mínimo vital en dignidad, a los servicios médicos esenciales para tratar su padecimiento y para el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, y así proteger sus derechos constitucionales como sujeto de especial protección constitucional. El reintegro se deberá llevar a cabo teniendo en cuenta la estricta garantía al derecho fundamental a la intimidad del actor.* (subrayado por la Sala)

En orden a lo anterior, aplicando estas directrices al caso bajo estudio, resulta claro para la Sala que la Cámara de Comercio de Bogotá terminó el contrato de trabajo con el demandante el 18 de enero de 2019, como lo aceptó la demandada en su contestación, sin embargo solo mediante el correo remitido por el aquí demandante el 22 de enero de 2019 (fl. 24), la sociedad tuvo conocimiento del diagnóstico del demandante con VIH positivo y en consecuencia, para la data de la terminación del vínculo no debió acudir al Ministerio de Trabajo para solicitar autorización para la terminación de su contrato de trabajo, ni tampoco pudo incurrir en actos discriminatorios respecto al actor.

[7] Organización de las Naciones Unidas, Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA, organizadas conjuntamente por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA, en 2006. P 34.

Así, conforme los lineamientos jurisprudenciales ya referidos, debió proceder a su reintegro para proteger los derechos fundamentales del actor, sin embargo solo lo hizo el día 4 de marzo de 2019, en cumplimiento de la orden que por vía de tutela se le impartió, como fue aceptado en la contestación de la demanda *(fls. 75 a 84 y cd. folio 139, archivo 05)*; ahora, como ya encontrándose reintegrado, el demandante presentó su renuncia el dia 23 de marzo de 2021,como se extrae de la documental vista a folios 170 a 173, es claro, que ya no hay lugar a emitir decisión respecto a su reintegro.

Sin embargo, en relación con el pago de la indemnización establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la juez a quo absolvió a la sociedad demandada por considerar que no hay lugar a su reconocimiento en atención a que la entidad demandada, por no haber tenido conocimiento de la situación de salud del actor, no estaba obligada a solicitar permiso para la terminación del vínculo laboral ante el Ministerio de Trabajo, decisión que mereció el reparo de la apoderada del demandante en el entendido que su prohijado es sujeto de especial protección.

Frente a este punto, la Sala acoge el criterio de la juez de primer grado, pues como se señaló en líneas anteriores, el convocante no comunicó de su resultado VIH positivo a su empleador, que se vino a enterar de ello tras la terminación del contrato y en esa medida, como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia T-277 de 2017 a que se ha venido haciendo referencia, la terminación del vínculo con el actor, no pudo corresponder a un acto discriminatorio ni a una decisión motivada en su estado de salud y ante el desconocimiento de la enfermedad, el empleador no estaba obligado a solicitar permiso para terminar la relación contractual; así las cosas, se confirmará la decisión absolutoria en este sentido.

De otro lado, en cuanto a la inconformidad que en sede de alzada hace manifiesta la apoderada del demandante relativa a que en uso de las facultades ultra y extra petita, la juzgadora debió impartir condena por concepto de indemnización moratoria establecida en el artículo 65 C.S.T. por el no pago de salarios y prestaciones causadas entre el 18 de enero de 2019 y el 4 de marzo de 2019, señálese que en efecto, el artículo 50 del C.P.L. faculta al juez de primera instancia, y al de única por vía jurisprudencial (sentencia C-662/98) para *"ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el juicio y estén debidamente probados…"*, tema frente al cual debe precisarse que para hacer uso de dicha

facultad se requieren dos premisas a) haber sido discutidos en juicio, y b) estar debidamente probados.

Siendo lo anterior así, es claro para ésta Corporación que no hizo parte del debate probatorio lo atinente al reconocimiento de la indemnización moratoria por el no pago de salarios y prestaciones entre el 18 de enero de 2019 y el 4 de marzo de 2019, por lo que no podía la juez a quo acudir a las referidas facultades para decidir sobre la procedencia de la indemnización moratoria, en tanto, el juzgador a quien le asisten las facultades extra petita debe ser celoso en verificar que los supuestos de hecho hayan sido debidamente discutidos en juicio, pues de no encontrar respuesta positiva a ese cuestionamiento, y aun así deprecar condena con base en esas especialísimas facultades, podría vulnerar el derecho de defensa de la parte que no tuvo la oportunidad de controvertir esos pedimentos. Por manera que al no tratarse de un punto debidamente discutido en el decurso procesal, no es viable acoger los pedimentos de la recurrente, aclarando en todo caso, que el juez de segunda instancia no goza de las referidas facultades, como se extrae del artículo 50 CPTSS, razón por la que no es viable analizar las solicitudes de la recurrente en este sentido.

En otro giro, la apoderada de la parte demandada se dolió de la condena que le fue impuesta a su representada en relación con el pago de los aportes a pensión a favor del demandante, correspondientes a los meses de enero, febrero y marzo de 2019, en atención a que los mismos fueron pagados por la convocada oportunamente, aun cuando la sociedad ni siquiera había sido compelida por vía de tutela a reintegrar al actor. En efecto, la historia laboral del actor obrante en el paginario (fls. 157 a 159), da cuenta del pago de los ciclos de enero, febrero y marzo de 2019, por parte del empleador Cámara de Comercio de Bogotá, por lo que se revocará la condena que por estos conceptos impuso la juez a quo, en orden a evitar un doble pago por esos rubros.

No sucede lo mismo en relación con las condenas impuestas por concepto de salarios, prestaciones sociales y vacaciones, causados entre el 19 de enero y el 4 de marzo de 2019, como quiera que, a la luz de la jurisprudencia constitucional, el deber de la demandada tan pronto se enteró de la situación de salud que aquejaba al actor, era de reintegrarlo al servicio, con el consecuente pago de salarios y prestaciones; pero como el demandante fue reintegrado por una orden de tutela y en el decurso del proceso devino su renuncia voluntaria, no hubo lugar a instancias de este proceso a pronunciamientos frente a su reintegro en forma definitiva, lo que

de ninguna manera implica el relevo de los salarios y prestaciones causados desde la fecha de su despido y hasta la data en que fue reintegrado.

De esta manera se agota la competencia de la Sala, por el estudio de los motivos de apelación y conforme las motivaciones precedentes, se revocará la condena relativa al pago de los aportes a seguridad social en los meses de enero a marzo de 2019 y se confirmará la sentencia de primera instancia en todo lo demás.

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 el ordinal cuarto de la sentencia apelada y en su lugar ABSOLVER a la Cámara de Comercio de Bogotá del pago de los aportes a pensión correspondientes a los ciclos de enero, febrero y marzo de 2019, conforme lo analizado en precedencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por la Juez Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá.

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 DENNIS MARBEL BARRERA VARGAS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 21 2021 00143 01)

Bogotá D.C. treinta (31) de junio de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la demandante y por Colpensiones, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, 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 la Juez 21 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 16 de mayo de 2022 *(Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 1:18:39 Archivo 18 expediente digital),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora DENNIS MARBEL BARRERA VARGAS al régimen de ahorro individual el 16 de abril de 1996, con fecha de efectividad a partir del 01 de junio del mismo año por intermedio de DAVIVIR HOY PROTECCIÓN S.A.; y, en consecuencia, ordenar declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante -aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales-,incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el nacimiento del acto ineficaz los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción*

alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual de DENNIS MARBEL BARRERA VARGAS. Para ello se concede el término de un mes. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingresos base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

***TERCERO: CONDENAR** a COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.*

***QUINTO (SIC): DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES y PROTECCIÓN, conforme a lo motivado.*

***SEXTO (SIC): COSTAS** de esta instancia a cargo de la AFP PROTECCIÓN S.A. Liquídense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de $1.700.000. Sin costas en contra de COLPENSIONES.*

***SÉPTIMO (SIC): CONSÚLTESE** esta decisión con el superior, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES.”*

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

Así, en primer lugar, PROTECCIÓN, indicó no encontrarse de acuerdo con la decisión proferida al declarar la ineficacia del traslado, expresando que conforme al artículo 244 del C.G.P. el formulario de vinculación es un documento al cual no se le debe restar valor probatorio pues la información que se generaba se hacía de manera verbal y era un requisito principal para la época, el cual era regulado por el artículo 13 y 114 de la ley 100 de 1993.

Señala que la demandante se encontraba incursa en una prohibición legal establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 la cual menciona la imposibilidad de traslado cuando se trate de una persona que está a menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse.

Indica se debe tener en cuenta las obligaciones que tenía la actora respecto al estatuto financiero, esto es, informarse sobre los productos y servicios que quieren adquirir, también observar las instrucciones y recomendaciones, revisar los términos y condiciones del contrato, los tramites que van a realizar e informarse de los órganos que existen en la entidad para posibles reclamos o solicitudes.

Respecto de los actos de relacionamiento, aduce que cuando no hay certeza si la afiliada recibió al momento de su traslado toda la información requerida, existen otros mecanismos que permiten colegir que la persona tenia vocación de

permanecer en el régimen, y contaba con los elementos para forjar una plena convicción de esta elección, expresando dichos comportamientos o actos de relacionamiento en los casos de afiliación pueden verse traducidos en acciones concretas, tales como presentar solicitudes, actualizar datos y cotizar por tiempos significativos al régimen, precisando en el caso concreto la accionante recibió una asesoría suficiente, completa, transparente antes de incurrir en la limitante del traslado en la que se encuentra inmersa.

En cuanto a los gastos de administración y seguro previsional, señaló que dicha administradora ha gestionado el dinero depositado, con el mayor cuidado y diligencia, lo cual se puede constatar en los rendimientos financieros sin que se pueda desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras y unos rendimientos financieros, productos de la buena administración, y generados por la gestión que tuvo PROTECCIÓN, por lo que al declararse la devolución de los gastos de administración se estaría constituyendo un enriquecimiento sin justa causa a favor de la demandante en detrimento del patrimonio de PROTECCIÓN, pues estaría recibiendo rendimientos generados por una buena administración, los cuales constituyen parte de la cuenta de ahorro individual de la demandante. En cuanto a la devolución del seguro previsional indica está imposibilitada a recobrar dicho pago a la correspondiente aseguradora.

Finalmente, frente a la condena en costas menciona, la AFP se encontró precedida del principio de la buena fe, concordante con el principio de las buenas costumbres y apegó a las reglas de la materia para la época en que se realizó la vinculación a esa administradora, por lo que solicita su revocatoria. *(Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 1:20:25 Archivo 18 expediente digital)*[1]

[1] Gracias su señoría me permito interponer respetuosamente el recurso de apelación por parte de PROTECCIÓN. Gracias, manifiesta el despacho que PROTECCIÓN no probó la asesoría realizada pero es importante mencionar que en virtud del artículo 244 del Código General del proceso, el formulario de vinculación es un documento al cual no se le debe restar valor probatorio, pues la información que se generaba se hacía de manera verbal y era un requisito principal para la época, el cual era regulado por el artículo 13 y 114 de la ley 100 de 1993, quien autoriza el traslado y como se debería generar, y se cumplió por parte de mi poderdante con lo establecido legalmente, y por eso no debería ser condenada.

Respecto a la prohibición debemos recordar que la prohibición legal en la cual se encuentra inmersa la demandada (sic), está establecida en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, la cual se menciona la imposibilidad de traslado cuando se trate de una persona a menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse.

También debe hacerse alusión acerca de las obligaciones que tenía la demandante respecto al estatuto financiero, esto respecto a las obligaciones de los consumidores financieros, donde se define que tiene que sesionarse, tienen que informarse sobre los productos y servicios que quieran adquirir, también debe observar las instrucciones y recomendaciones, revisar los términos y condiciones del contrato, y de los tramites que van a realizar, deben informase de los órganos que existen en la entidad para posibles reclamos o solicitudes.

A su turno, COLPENSIONES señala que el traslado efectuado por la demandante al RAIS tiene plena validez, como quiera que existe un traslado a un fondo de pensión privado, que para este caso es PROTECCIÓN, el cual se dio para el año 1996.

Expresa que conforme al artículo 2 de la ley 797 de 2003, el cual modificó el literal b del artículo 13 de la ley 100 de 1993, después de un año de vigencia de tal 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, por lo que la demandante no acredita esos requisitos exigidos para darse el traslado de régimen.

Evidentemente la señora DENNIS no se acercó a la entidad, no pregunto, y a pesar de esto pues se pude evidenciar y como lo dice el despacho tiene conocimientos básicos de características del régimen, los cuales se brindaron al momento de la asesoría.

Respecto de los actos de relacionamiento, recientemente en jurisprudencia de la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, 3752 del 2020, cuya magistrada ponente es la Doctora Ana María Muñoz ha definido estos actos de relacionamiento en asuntos como la nulidades del traslado, ineficacias, que se debe relacionar que cuando no haya una certeza si la afiliada recibió al momento de su traslado toda la información requerida, existen otros mecanismos que permiten colegir que la persona tenia vocación de permanecer en el régimen, y contaba con los elementos para forjar una plena convicción de esta elección, dichos comportamientos o actos de relacionamiento en los casos de afiliación pueden verse traducidos en acciones concretas, tales como presentar solicitudes, actualizar datos y cotizar pues por tiempos significados al régimen. En el caso concreto la señora DENNIS recibió una asesoría suficiente, completa, transparente antes de incurrir en la limitante del traslado en la que se encuentra inmersa. Lo anterior, teniendo en cuenta las pruebas que obran en el expediente, así como el interrogatorio de parte realizado en la diligencia, por esto pues no puede pasarse de alto dichos documentos probatorios.

Respecto de los gastos de administración y seguro previsional, durante todo el tiempo que la demandante ha estado afiliada a este fondo de pensiones, esta administradora ha gestionado el dinero depositado por la misma, con el mayor cuidado y diligencia, lo cual se puede constatar en los rendimientos financieros adjunto a la presente contestación, por lo consignado en el Código Civil artículo 1746, debe entenderse que no se, debe entenderse que aunque se declare la ineficacia de la afiliación y se haga la ficción que nunca existió este acto, no se puede desconocer que le bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras y unos rendimientos financieros, productos de la buena administración, y generados pues por la gestión que tuvo PROTECCIÓN. Al declararse la devolución de los gastos de administración se estaría constituyendo un enriquecimiento sin justa causa a favor de la demandante en detrimento del patrimonio de PROTECCIÓN, pues estaría recibiendo rendimientos generados por una buena administración, los cuales constituyen parte de la cuenta de ahorro individual de la demandante, sino que por el contrario se estaría en una clase de sanción, la cual no es idónea adelantar mediante de este proceso.

Respecto a la devolución del seguro previsional PROTECCIÓN esta imposibilitada a recobrar dicho pago a la correspondiente aseguradora, y por consiguiente, en caso que se ordene el traslado a COLPENSIONES tiene que asumirlo con cargo a su propio patrimonio, lo cual también constituiría a su vez un enriquecimiento sin justa causa en favor de la demandante y en detrimento al derecho a la igualdad que le asiste a mi representada.

Frente a la condena en costas, es importante mencionar que PROTECCIÓN se encontró precedido del principio de la buena fe, concordante con el principio de las buenas costumbres y se apegó a las reglas regulatorias de la materia para la época que se realizó la vinculación a esta administradora.

Por esto anteriormente descrito solicito al Honorable Tribunal de este Distrito judicial revocar la sentencia acabada de proferir en su totalidad y en especial en la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales. Muchas gracias.

Aduce se puede extraer dentro del proceso que no hubo un error de hecho sino de derecho, el cual con el paso del tiempo fue subsanado, no solo por la voluntad que plasmo la demandante al suscribir el formulario de afiliación, sino su vocación de permanecer en el régimen privado por un tiempo prolongado.

Finalmente indica que al permitir el traslado se estaría afectando la sostenibilidad financiera del sistema, en el sentido en que la cotización entre un régimen y otro varía y al trasladarse a COLPENSIONES los rendimientos financieros no serían los mismos, afectando a todos los usuarios que aportan al sistema materializándose en una bomba fiscal para el Estado *(Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 1:26:14 Archivo 18, expediente digital)*[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] Muchas gracias su señoría, estando dentro de la oportunidad pertinente me permito interponer recurso de apelación, toda vez que para la ADMINISTRADORA DE PENSIONES – COLPENSIONES, el traslado efectuado por la demandante al RAIS tiene plena validez, como quiera que existe un traslado a un fondo de pensión privado, que para este caso es PROTECCIÓN, el cual se dio para el año 1996, y pues el cual se ha venido probado en este proceso.

Tenemos que conforme al artículo 2 de la ley 797 de 2003, el cual modificó el literal b del artículo 13 de la ley 100 de 1993, tenemos que después de un año de 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, como anteriormente se ha mencionado, tenemos que para el caso en particular la solicitante nació el 10 de junio de 1964 y a la fecha de la reclamación administrativa ante COLPENSIONES, esto quiere decir que fue el día 2 de febrero de 2021, contaba con 57 años, perdóneme, contaba con 29 años, no espérame que pena contigo aquí, para el momento que la señora se trasladó, esto es el 2 de febrero del 2021, ella no contaba con la edad mínima para hacer este dicho traslado, que para las mujeres son 57 años, teniendo en cuenta que esta es la edad para acceder a la pensión de vejez conforma a la ley 797 del 2003, es con esta motivo que ella no acredita con los requisitos exigidos en la norma para que pueda darse traslado de régimen, sin embargo, la eventual afiliación de la demandante al régimen de prima media y el traslado de los aportes de régimen en mención dependerá de la decisión en este medio favorable que previamente obtenga la solicitante respecto de la pretensión de la declaratoria de nulidad.

También me permito señalar que del interrogatorio de parte, de los testimonios practicados se puede extraer que no hubo un error de hecho sino de derecho, el cual con el paso del tiempo fue subsanado, no solo por la voluntad que plasmo la demandante al suscribir el formulario de afiliación, sino su vocación de permanecer en el régimen privado por un tiempo prolongado.

Adicionalmente a lo anterior, al permitir que se de esta traslado se estaría afectando la sostenibilidad financiera del sistema, en el sentido en que la cotización entre un régimen y otro varía, el trasladarse a COLPENSIONES los rendimientos financieros no serían los mismos, afectando a todos los usuarios que aportan al sistema materializándose en una bomba fiscal para el Estado y es por esto su señoría solicito se absuelva a mi representada y se declaren probadas las excepciones planteadas en el escrito de contestación, no se condene en costas a mi representada. Muchas gracias su señoría.

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de subsanación de la demanda (*Páginas 5 y 6, archivo 4 expediente digital),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 6 a 9 ibídem),* aspirando de manera principal se declare la nulidad por ineficacia de la afiliación y traslado al RAIS en consecuencia se ordene el traslado y afiliación a COLPENSIONES como administradora del régimen de prima media, sin solución de continuidad, se condene a PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSION la totalidad de los aportes, rendimientos, bono pensional, semanas de cotización y gastos de administración durante el tiempo que ha estado afiliada al RAIS, derechos *ultra y extra petita,* costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a DAVIVIR hoy PROTECCIÓN el 16 de abril de 1996, en consecuencia, condenó a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante -aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, concediendo el término de un mes para ello y disponiendo que al momento de cumplirse esa orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingresos base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen, igualmente ordenó a Colpensiones a activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PROTECCIÓN antes DAVIVIR 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 a la actora sobre los beneficios del RAIS, no le explicó las consecuencias de su 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, se registra en la historia laboral aportada por Colpensiones como fecha de nacimiento de la actora el 19 de junio de 1964 *(Página 47 Archivo 10 Expediente Digitalizado, contestación Colpensiones),* por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2021, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 2 de febrero del 2021 y ante PROTECCIÓN el 24 de enero del 2021 *(Páginas 23, 24, 29 y 30 Archivo 1 expediente digital)*, esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para cumplir 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, ni tan siquiera se encontraba afiliada al régimen de prima media *(Historia Laboral válida para bono pensional, pagina 61 archivo 9 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 lo aduce Protección y Colpensiones en su apelación.

No obstante lo anterior, 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 **16 de abril de 1996** con fecha de efectividad a partir del **01 de junio de 1996** *(Páginas, 38 y 59 archivo 9 expediente digital)* por afiliación que hiciera a DAVIVIR hoy PROTECCIÓN, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

---

[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".*

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).

---

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

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 DAVIVIR hoy PROTECCIÓN.

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.

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.***
>
> *(…)*

"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.

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.

> *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 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] no acreditan de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que al colegio en el cual trabajaba, llegaron asesores de DAVIVIR hoy PROTECCIÓN, señalando tal fondo se encontraba respaldado por DAVIVIENDA y que como el ISS se iba a acabar sus aportes con tal AFP iban a tener mejor respaldo, aunado a que tenía derecho a inscribir a unos beneficiarios.

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

[6] Audiencia 16 de mayo de 2022, récord 12:26

muchos menos que la AFP 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 hoy PROTECCIÓN (*Página 38, archivo 9 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 *(Páginas 110 a 112 archivo 9 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 DAVIVIR hoy PROTECCIÓN 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 1996, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN 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, omitió en el momento del traslado de régimen **(16 de abril de 1999, efectivo el 01 de junio de 1996),** 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.

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.

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 por PROTECCIÓN en su apelación, esta Sala de decisión se permite señalar al impugnante, que como ya se refirió a lo largo de ésta providencia la información que se le debía suministrar a la demandante al momento de su traslado no fue acreditada por dicha AFP, razón por la cual no se puede entender como una ratificación de la voluntad de permanecer en el RAIS ni constituyen actos de relacionamiento como lo sugiere en la alzada.

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, gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia[7], los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los

[7] Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.

valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados, 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).

En relación con los argumentos de apelación de PROTECCIÓN S.A., 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 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 y seguros previsionales. 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[8] *(Páginas 37 y 38, archivo 10 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

[8] Se tuvo por contestada la demanda en auto del 5 de mayo de 2022, archivo 12 expediente digital.

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, 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 PROTECCIÓN S.A., 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 éstas demandadas, 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 conforma la sentencia de primer grado en cuanto a que se condena el pago de las mismas a cargo de la demandada PROTECCIÓN.

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.

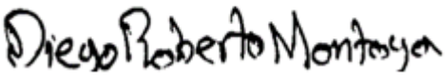
En mérito de los expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

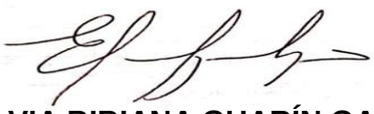
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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 NORBERTO CASTAÑEDA GOMEZ - CONTRA OPERADOR SOLIDARIO DE PROPIETARIOS TRANSPORTADORES SA (COOBUS SA EN LIQUIDACIÓN) y TRANSPORTES DEL TERCER MILENIO SA – TRANSMILENIO S.A. (RAD. 24 2018 00282 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiendo presentado los alegatos de instancia por parte de TRANSMILENIO S.A. (fl. 217) y la parte demandante (fls. 219 a 224), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 13 numeral primero de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022.

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, contra la sentencia proferida por la Juez Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 26 de octubre de 2021 (Cd fl. 206), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR**. Que entre el señor **NORBERTO CASTAÑEDA GÓMEZ** y la demandada, Operador Solidario de Propietarios Transportadores **SAS COOBUS** en liquidación, existió un contrato de trabajo vigente entre el 18 de diciembre del 2012 y el 9 de julio del 2014, en virtud del cual, desempeño el cargo de operador de bus y devengo como ultima remuneración, la suma de 1.722.000 pesos de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada Operador Solidaria de propietarios Transportadores **SASCOBUS** en liquidación a reconocer y a pagar a favor del demandante, el señor **NORBERTO CASTAÑEDA GÓMEZ**, Las sumas que por los siguientes conceptos se relacionan así:*
>
> ***1.** (1.901.810) Un millón novecientos unos mil ochocientos diez pesos por concepto de auxilio de cesantías causadas entre el 18 de diciembre de 2012 al 9 de julio de 2014.*
> ***2.** (173.524.19) Ciento setenta y tres mil quinientos veinticuatro pesos con diecinueve centavos por concepto de intereses a las cesantías por el tiempo servido.*

3. *(904.050) Novecientos cuatro mil cincuenta pesos por concepto de primas de servicios causadas entre el 1 de enero 2014 al 9 de julio de 2014.*
4. (*466.625) Cuatrocientos sesenta y seis mil seiscientos veinticinco pesos por concepto de vacaciones causadas entre el 18 de diciembre del 2013 y el 9 de julio de 2014.*
5. (*2.238.600) Dos millones doscientos treinta y ocho mil seiscientos pesos por concepto de salarios causados entre el 1 de junio del 2014 y el 9 de julio de 2014.*
6. *(2.362.966.67) Dos millones trescientos sesenta y dos mil novecientos sesenta y seis pesos con sesenta y siete centavos por concepto a la indemnización por despido sin justa causa.*
7. *(13.350.000) Trece millones trescientos cincuenta mil pesos por concepto de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías a un fondo.*

TERCERO: CONDENAR *a la demandada, operador solidario de propietarios transportadores* ***SASCOBUS*** *en liquidación a reconocer y a pagar a favor del demandante, el señor* ***NORBERTO CASTAÑEDA GÓMEZ*** *los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación, certificados por la superintendencia financiera de Colombia sobre las sumas adeudadas por concepto de auxilio de las cesantías, intereses a las cesantías y primas de servicio calculadas entre el 10 de julio del 2014 hasta el 19 de agosto de 2016, debiendo reconocer la indexación de las sumas adeudadas a partir del 20 de agosto del 2016 hasta cuando se verifique el pago total y concreto de las acreencias laborales adeudadas de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.*

CUARTO: CONDENAR *a la demandada operador solidario de propietarios* ***SASCOBUS*** *en liquidación a reconocer el pagar a favor del señor* ***NORBERTO CASTAÑEDA GÓMEZ*** *los aportes para pensión que deberán ser consignados al fondo de pensiones que informe el demandante, encontrarse afiliado en su efecto a la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES, junto con los intereses moratorios de que trata el Art 23 del (no se escucha bien) tomando como ingreso base cotización, el salario determinado en el periodo relacionado a la parte motiva del presente pruebo.*

QUINTO: *autorizar a la demandada operador solidario de propietarios transportadores* ***SASCOBUS*** *en liquidación a descontar de las agencias laborales adeudadas el valor de: (538.251) Quinientos treinta y ocho mil doscientos cincuenta y un pesos, pagada dentro del proceso de liquidación de la sociedad puesta en liquidación, así como todas aquellas sumas reconocidas efectivamente por el juez de concurso a la fecha de la presente sentencia, en el desarrollo del proceso liquidatario de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.*

SEXTO: *absolver a la demanda* ***EMPRESA DE TRANSPORTES DEL TERCER MILENIO S.A.*** *de todas y cada una de las pretensiones evocadas en su contra por parte del señor* ***NORBERTO CASTAÑEDA GOMEZ*** *de conformidad en lo expuesto en la parte motiva de prueba.*

SEPTIMO: *aclarar todos los hechos sustento, a la excepción de prescripción y no a los demás propuestos, por la* ***EMPRESA DE TRANSPORTES DEL TERCER MILENIO S.A.****, conforme a lo expuesto en la parte motiva.*

OCTAVO: *condenar en costas a la demandada operador solidario de propietarios transportadores* ***SASCOBUS*** *en liquidación y a favor del demandante lo que es por secretaria, incluyendo lo más de 1 SMLV, valor en que se estiman las agencias en derecho.”*

Inconforme con la decisión los apoderados de ambas partes interpusieron recurso de apelación.

El apoderado de la parte actora, interpuso recurso de apelación en primer lugar, frente a la absolución de la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO, argumentado que debe responder de forma solidaria con COOBUS SAS, poniendo de presente que para este caso, las sociedades comerciales son litisconsortes facultativos, haciendo a su vez referencia a lo dispuesto en el Art 34 del código sustantivo del trabajo, referente a la solidaridad de los contratistas, por lo cual solicita se revoque la decisión y se condene en solidaridad a la EMPRESA DE TRNSPORTE DEL TERCER MILENIO. Insistió en que respecto a TRANSMILENIO S,A. no es necesario agotar el requisito de la reclamación administrativa contemplado en el Art 6 del Código Procesal del Trabajo pues, no es el demandado principal.

Consideró que la liquidación efectuada por el juzgado en relación con la sanción por no consignación de las cesantías del Art 99 de la ley 50 de 1990 es equivocada, por lo que solicita se rectifique la suma en cuestión. Solicitó se acceda a la condena por concepto de indemnización moratoria contemplada en el Art 65 del Código Sustantivo del Trabajo; además mencionó que no está prescrita la obligación que se reclama frente a TRANSMILENIO.[1]

---

[1] ***Apoderada NORBERTO CASTAÑEDA (Record: 1:47:29):*** *su señoría, interpongo recurso de apelación, el cual procedo a sustentar, sobre las siguientes condenas.*
1. *La sanción moratoria, contemplada en el Art 65 del código sustantivo del trabajo.*
2. *La sanción por no consignación, de las cesantías en el fondo de cesantías, conforme lo establece el Art 29 de la ley 50 en el numeral tercero*
3. *Como tercer elemento, la declaratoria de prescripción, respecto de Transmilenio.*
Voy a empezar con la declaración de la prescripción, respecto de las condenas impuestas, sobre Transmilenio.
Es lo primero indicar su señoría, que el Art 34 del Código sustantivo del trabajo, consagra la solidaridad SUI JENERIS, en materia laboral entre el contratista independiente y el dueño o beneficiario de la obra, con el fin de garantizar los derechos laborales del trabajador.
De modo que, la norma citada presenta tres situaciones procesales diferentes.
1. *El trabajador puede demandar solo al contratista independiente, como verdadero patrono, sin pretender la solidaridad de nadie y sin vincular a otra persona a la Litis. En este caso su señoría, nos hubiéramos optado por esa primera teoría, si en efecto se hubiera determinado o encontrado que* ***COOBUS****, contaba con la capacidad económica para cubrir dichas obligaciones, entonces no se optó por esa situación.*
2. *El trabajador puede demandar al contratista independiente, verdadero empleador y acumular si es la voluntad las pretensiones con la demanda contra el beneficiario o ahora como deudor solidario.*
En este caso se trataron LITIS CONSORCIO facultativo, ordenado por la ley, que exige por un lado que se controvierta en el proceso la doble relación entre demandante y el empleador contratista independiente y entre este con el beneficiario de la obra y por otro lado, la responsabilidad solidaria del tercer beneficiario de la obra, frente a los trabajadores del contratista independiente.
3. *El trabajador puede demandar solamente al beneficiario de la obra como deudor solidario, salvo que la obligación del verdadero patrono, entendiéndose como tal al contratista independiente exista de forma clara, expresa y exigible por su conocimiento.*
Es claro su señoría que de acuerdo como lo preceptúa el Art 34 del código sustantivo del trabajo, nos queda posibilidad o nos da o nos permite concluir que la solidaridad que en materia laboral no

opera de la misma forma, en que opera en el derecho civil, ya que en la calidad de empleador perce, no admite solidaridad, el empleador responde como tal, por conversión o acuerdo entre las partes; en tanto los terceros responden solidariamente, por una obligación ajena, la del patrón, la del empleador, su señoría, por virtud de la ley y no de las partes, pero la solidaridad surge frente a terceros, si previamente hay una reclamación, una declaración de la existencia de un contrato, entre el contratista independiente y el trabajador y unas condenas pecuniarias, que partan de dicha reclamación, en contra del empleador.

De acuerdo como esta su señoría, redactada la norma, que nos dice, que, frente a esta solidaridad, nosotros no teníamos la obligación de presentar reclamación, frente a Transmilenio; y Transmilenio llega a este proceso, como un actor pasivo, en el entendido su señoría, que entra a responder, solo y solo si, si es condenado ***COOBUS****, de lo contrario no entra a responder.*

Entonces surge ahí una indebida interpretación o aplicación de la norma, en el entendido que usted, le está dando la misma categoría de verdadero empleador, al contratista, en este caso Transmilenio. A que quiero llegar su señoría, que si bien, la reclamación contra Transmilenio se presentó con posterioridad que, a los tres años, como obran en el plenario y como lo ordena el Art 6 del código procesal laboral, no había necesidad de hacer tal reclamación.

Porque no es el demandado directo, Transmilenio; el demandado, si hubiera existido un contrato directo entre el señor ***NORBERTO*** *y Transmilenio; que hubiese terminado por las mismas circunstancias que nos convoca hoy, ahí si nosotros debíamos haber abordado la reclamación.*

Por qué señoría, porque son contratos totalmente diferentes, el contrato civil y el contrato laboral. Nos dice la norma que no tenemos el por qué acudir a hacer la reclamación a Transmilenio, simplemente que a veces uno, por cumplir de pronto, ciertos requisitos, porque muchas veces, los operadores jurídicos, de entrada, van a cuestionar, digamos esa falta de la reclamación, para poderlo vincular, es que se hace, pero no hay tal obligación su señoría.

Entonces la diferencia que existe en la solidaridad que su señoría opera, en materia laboral, respecto a el derecho civil, se refleja también en la interrupción de la prescripción; razón por la cual no puede aplicarse las normas civiles a el contratista independiente, verdadero empleador y el beneficiario de la obra, tercero deudor solidario, por la sencilla razón, que en las dos no actúan en el proceso, bajo la misma calidad, como erradamente se está interpretando y se está aplicando a el caso concreto. Aquí el contratista independiente, es el verdadero, contradictor pasivo, porque tiene la capacidad de empleador, en tanto que el beneficiario de la obra es un tercero, porque si llama al proceso en calidad del deudor, lo decía hace un instante su señoría, solo y solo si, en el evento en que termine condenado (no se entiende 1:58:55) entra a responder Transmilenio, no de otra manera, puede asumir algún tipo de obligación, y si no está condenado, ***COOBUS****, pues sencillamente no entra a responder.*

Por eso le insisto, no hay la necesidad o la obligación de vincular en un proceso, donde se requiera, se vaya a vincular solidariamente a una entidad pública, no hay necesidad de agotar el requisito de procedibilidad, como lo contempla el Art 6 del código procesal del trabajo, entonces resulta su señoría claro, que no cabe en este caso la aplicación del artículo 2540 del código civil, que se dirige exclusivamente a quienes se halla, a quienes se llaman a el proceso en calidad de deudores, (no se entiende 2:00:15) la posición de parte pasiva (no se entiende).

Fíjese que la demanda está dirigida directamente, contra ***COOBUS****, en su calidad de empleador legítimo, y contra Transmilenio, en calidad de solidario, pero esa responsabilidad solo recae si el primero es condenado, del resto, no hay la necesidad de presentar la reclamación, en este caso como lo exige el Art 6 del código procesal laboral, para suspender el termino prescriptivo del Art 155 del código procesal laboral o el 488 del código sustantivo del trabajo.*

No hay necesidad de acudir a ese extremo, pero entonces el operador jurídico, en algunos casos le dan una errónea interpretación, que, para poder emitir la demanda, se tiene que haber agotado el requisito de procedibilidad, conforme lo ordena el Art 6, en este caso su señoría, está plenamente demostrado, que primero no hay necesidad.

Porqué como se indicó, no opera la prescripción, la aplicación del Art 2540 del código civil, que se dirige únicamente a quienes están llamados en calidad de deudores, entonces si no se necesita agotar el requisito de procedibilidad, entonces no está prescrita la obligación, que se depreca su señoría, respecto de la solidaridad de Transmilenio.

Entonces los deudores solidarios, no tienen la calidad con vocación de verdaderos contradictores su señoría, porque Transmilenio es un tercero llamado a este proceso, entonces su señoría, nuestro estatuto procesal laboral, establece una forma y adjetivo establece una forma de interrumpir la forma de prescripción, pero dirigida única y exclusivamente a el empleador y no a los acreedores o terceros.

*Si se observa, como lo indique en el folio 31, la reclamación primero cuando el señor **NORBERTO**, presenta su renuncia motivada, su señoría, indicando también se le cancelen dichas acreencias, allí su señoría hay un primer paso de interrupción de la prescripción, un segundo elemento se da, si bien se toma, se puede tomar como una reclamación, cuando el presenta la respectiva liquidación, ante **COOBUS**, que es el verdadero contradictor y llamado a responder, pero como tal como lo he explicado, el tercero solo entra a responder en el evento de que exista una condena, contra el verdadero empleador.*

Entonces su señoría no debe confundirse la reclamación que interrumpe la prescripción de los derechos laborales contra el empleador público y privado, con la reclamación administrativo que trata el Art 6 del código sustantivo del trabajo, que solo opera contra organismos del estado, pero cuando estos son demandados directamente. Es decir, cuando ha existido un vínculo laboral entre esta y la persona natural o demandante, no de otra manera hay que agotar (no se entiende 2:07:00) a ese agotamiento del requisito de procedibilidad, en esos términos su señoría queda sustentada la parte de la prescripción.

Respecto a la condena en solidaridad contra Transmilenio, por eso solicito que se revoque esa decisión, se condene en solidaridad a Transmilenio, quien debe responder por todas las condenas impuestas en este proceso, adicionalmente su señoría, debo reprochar la liquidación que hace su señoría que hace según el numeral 3 de la Art 99 de la ley 50 de 1990, en el entendido que su señoría, dicho precepto, establece que se condenara a el pago de 1 salario mínimo diario, por cada día de retraso en el pago de esa, en la consignación de esa obligación a el fondo de cesantías y en efecto si la relación empieza, a partir del 18 de diciembre del 2012, el empleador tenía la obligación de iniciar a consignar en dicho fondo de cesantías, que el trabajador eligiera o se acordara entre las partes, iniciara a consignar a ese fondo a partir del 14 de febrero, entonces su señoría encuentro que esa aplicación de esa sanción entonces iría a partir del 1 de enero, hasta el 9 de julio de 2014, fecha la cual que se da por terminado el contrato y se liquida, sobre el promedio del salario devengado del trabajador, por lo tanto los 13 millones que se imponen aquí, señoría considero que el valor que se deben reliquidar superaría este monto, por lo tanto solcito que reliquide ese factor, conforme a los parámetros, que así lo exige la norma.

Ahora bien su señoría respecto a el Art 65 de la sanción moratoria por la no consignación de las acreencias laborales, téngase en cuenta que igual que sucede en, aquí hay una interrupción su señoría, entre como ya lo indique en el folio 31 existe, el tema de reclamación, primero una renuncia motivada que incluye o requiere el empleador que se le cancele dichas prestaciones, eso permite interrumpir el termino prescriptivo su señoría, aunado a ello, con el auto apertura de la, admisión del proceso liquidatario; también hay una interrupción su señoría, en ese sentido, hay una interrupción que se vuelve a activar una vez que son (no se entiende 2:12:26) y entre esa reclamación, su señoría no han transcurrido tampoco, los 2 años que establece la norma.

Entonces hay lugar a la modificación, su señoría, de esos 3 ítems de las condenas.
***1.** Sobre la mora del Art 65*
***2.** Sanción por la no consignación contemplada en el Art 99 de la ley 50 de 1990*
***3.** La solidaridad que se depreca del articulo 34, solicito que se revoque esos tres para que se accedan a las condenas, que he solicitado en ese sentido su señoría.*

La apoderada de la demandada COOBUS SAS, presentó apelación solicitando que se tenga en cuenta el monto de un millón treinta y cuatro mil trecientos sesenta y ocho pesos ($1’034.368) que le fueron reconocidos al demandante dentro del proceso concursal, en tanto con el auto de adjudicación el acreedor adquiere el dominio de los bienes y se extinguen las obligaciones. En relación con la sanción por no consignación de las cesantías, afirmó que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha explicado los términos de prescripción que operan respecto a esa sanción, por lo que solicita se tenga en cuenta este fenómeno extintivo frente a la citada sanción. [2]

Considero que, si la prescripción no opera, para el tercero deudor, sino que opera únicamente y exclusivamente para el empleador, el verdadero empleador, en este caso solo opera la prescripción para ***COOBUS***.

[2] ***APODERADA DE COOBUS (2:14:52):*** *en efecto y relación con la sentencia que acaba ser proferida, me permitió presentar el recurso de apelación, de la siguiente forma*

1. *en relación con el no reconocimiento del valor de (1.034.368) un millón treinta y cuatro mil trescientos sesenta y ocho pesos no reconocidos dentro del proceso concursado, debe acordarse y tenerse en cuenta que la ley 1116, prescribe, en su Art 58 numeral 6, que con la adjudicación, los acreedores adquieren el dominio de los bienes extinguiéndose las obligaciones del deudor frente a cada uno de ellos hasta la concurrencia de los mismos, no es de recibo entonces, la documentación presentada, por la señora juez, en el entendido que debería soportarse que la adjudicación hubiera quedado inscrita, tanto como lo argumenta la ley 1116. El actor de adjudicación que se encuentra completamente aportada en el expediente, esa adjudicación. Con solo esa adjudicación adquiere los acreedores el dominio de los bienes y se extingue de esta manera las obligaciones, por tal razón solicito que se tenga en cuenta lo que dice la ley 1116, en lo que se refiere a tener en cuenta en valor adjudicado en providencia de 24 de agosto del 2020 por valor de un millón treinta y cuatro mil trescientos sesenta y ocho pesos que deberán descontarse de la condena que acaba de ser impuesta en este proceso.*

Por otro lado, y en relación con la sanción por la no consignación de las cesantías, no debe perderse de vista, que en este aspecto la sala laboral de la corte suprema de justicia, en diferentes sentencias, vamos a leer la del 3 de diciembre del 2019, sentencia 70892, habla de los términos de prescripción, para conceder esta sanción.

En este caso la sanción no corre de esta manera automática, en tanto para que, cada uno de los periodos va discriminada, en el caso del trabajador aquí demandante.

Su relación laboral inicia en el 2012, razón por la cual se encuentra prescrito en este primer periodo, en el entendido que contaba con los primeros 3 años, contados a partir del 15 de febrero del 2013, para presentar su reclamación, para la no consignación de las cesantías.

Él contaba únicamente hasta el 15 de febrero del 2016, para presentar o para que se le reconociera o no prescribiera el derecho a reclamar esta sanción.

En lo que respecta a los años siguientes y por corresponder en periodos diferentes al año 2013, para el año 2014 no ocurriría u operaria este fenómeno de la prescripción como si sucede con la sanción, por la no consignación de cesantías reconocidas.

Por los demás aspectos, que fueron sustentados dentro de la sentencia que acabamos de escuchar; solicito respetuosamente, a los honorables magistrados del tribunal superior de Bogotá, en su sala laboral, que mantengan la decisión tomada por la señora jue3z, en relación con los intereses

La apoderada de la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO presenta el recurso de apelación, en lo que concierne a la inexistencia de la responsabilidad solidaria entre las demandadas, por considerar que la juzgadora hizo un estudio parcializado del asunto y no analizó la prohibición legal contenida en el numeral 6° del artículo 3° del Acuerdo 04 de 1999, por lo que no tuvo en cuenta que TRANSMILENIO tiene limitada la explotación del servicio público de transporte; la juez también hizo un estudio parcial de contrato de concesión a partir del cual también se hubiera concluido la inexistencia de responsabilidad solidaria.[3]

---

moratorios, en tanto no se debe reconocer la, como lo acabo de decir, extrañamente, del apoderado de la parte demandante, que se debe reconocer un dia de salario, por cada día de retardo.

No corresponde a la realidad jurídica, esta argumentación, toda vez que es claro, para el reconocimiento, debe haberse iniciado, cualquier tipo de acción de cobro, en los estrados judiciales, plazo este, que en el caso que nos ocupe, venció parta el trabajador, dentro de los dos años siguientes a la terminación de la relación laboral, esto es el 9 de julio del 2016, fecha para la cual, como quedo en la sentencia, no había sido radicada la demanda en la que nos ocupa en este momento.

Esta afirmación, solicito respetuosamente, entonces, se tenga en cu8enta que aquí no puede tenerse como cierto, la argumentación, de que no ha corrido u ocurrido, el fenómeno de la prescripción, en relación con el concepto de indemnización o el reconocimiento de un día de salario, por cada día de retardo, en el pago de las acreencias laborales que fueron reconocidas.

Toda vez que reitero, que aquí el demandante, no inicio, en el plazo que le correspondía el proceso ordinario laboral, que hubiera determinado dentro de ese plazo, es decir hasta julio del 2016, el efectivo reconocimiento de esta sanción.

En estos términos dejo entonces sentado, mi recurso de apelación, en contra de la sentencia que acaba de ser proferida, muchas gracias.

[3] ***APODERADA DE TRANSPORTES DEL TERCER MILENIO S.A. (2:20:57):*** *gracias, señora juez.*

En la oportunidad legal, interpongo recurso de apelación, contra la sentencia que se acaba de proferir, en lo relacionado, que aquí no se da por probado las demás excepciones propuestas por este extremo, en relación con la inexistencia de la responsabilidad solidaria, pues el juzgado distancia. Si hace un estudio parcializado frente a lo mismo, por lo que solicito al honorable tribunal, que se revise la misma, en el sentido que ante la ausencia de la revisión de la provisión legal contenida en el numeral sexto, del Art 3 del acuerdo 0404 de 1999, se vino a la conclusión de la eventual existencia de dicha responsabilidad, omitiendo que Transmilenio, frente a esa provisión legal, tiene limitada la explotación del servicio público de transporte, asi mismo se hace un estudio parcial, del contrato de concesión, de igual manera , hubiese concluido, con la inexistencia de la responsabilidad solidaria, y que no fue declarada en el precedente proceso.

Por lo que respetuosamente, solicito a el honorable tribunal, de ser el caso estudiar la naturaleza jurídica de Transmilenio como una entidad pública.

La aplicación de las prerrogativas como entidad pública, tiene entre ellas el hecho de la reclamación administrativa del Art 6 del código procesal del trabajo y la seguridad social, adicional a ello, el acuerdo de creación, 04 de 1999 y el contrato de concesión, para que dé cuenta de que Transmilenio no opera, no es dueño de buses, no tiene dentro de su planta personal, destinado a ejercer actividades como, la que desempeñaba el hoy demandante, esto es la conducción.
Por lo que respetuosamente, solicito a el honorable tribunal de ser el caso, estudiar la inexistencia, como responsabilidad solidaria, que, si bien fue estudiada y desarrollada, por el juzgador, en la

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 éste ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 7 a 9, las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados a folios 4 a 7, aspirando se declare que entre la empresa COOBUS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 18 de diciembre de 2012 y el 9 de julio de 2014, con un promedio salarial de $1.884.500, el cual terminó por causas imputables al empleador por incumplimiento de las obligaciones adquiridas en el contrato, así mismo se declare que TRANSMILENIO S.A. es solidariamente responsable del pago de las acreencias laborales adeudadas, en consecuencia se condene al pago de la indemnización por terminación del contrato de trabajo por causas imputables empleador, los salarios del 1° junio al 9 de julio de 2014, bonificaciones, subsidio de transporte, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización moratoria, sanción por no consignación de cesantías, aportes al sistema de seguridad social en pensión, daño moral por la terminación del contrato, condenas *ultra y extra petita* y costas del proceso;

Obtuvo el accionante sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones, pues se condenó a COOBUS S.A.S. a pagar cesantías, intereses sobre las cesantías, prima de servicios, vacaciones, salarios adeudados, indemnización por despido indirecto y sanción por la no consignación de las cesantías, intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación, certificados por la Superintendencia Financiera de Colombia sobre las sumas adeudadas pro concepto de cesantías, intereses a las cesantías y prima de servicios calculados entre el 10 de julio de 2014 y el 19 de agosto de 2016 y la indexación de las sumas adeudadas, a partir del 20 de agosto de 2016 y hasta cuando se verifique su pago, al pago de aportes a pensión y las costas del proceso. Autorizó a COOBUS, a descontar de los anteriores conceptos, la suma de $538.251,oo que fueron pagados dentro del proceso liquidatorio de la sociedad y absolvió a TRANSMILENIO S.A. de todas las pretensiones de la demanda, todo lo anterior

---

parte motiva, en su resuelve declaro que no existía prueba sobre la misma. En ese sentido he presentado mi recurso de apelación.

tras considerar que COOBUS no acreditó el pago de los derechos laborales debidos al actor, advirtiendo que las actividades desarrolladas por el contratista no son ajenas a las desarrolladas por Transmilenio S.A., es decir la prestación del servicio público, pese a lo cual, a pesar de considerar que si bien operaba la solidaridad declaró probada la excepción de prescripción alegada por TRANSMILENIO, en tanto la relación de trabajo terminó el 9 de julio de 2014 y la demanda fue presentada el 17 de mayo de 2018, sin que se hubiera agotado la reclamación administrativa ante esa entidad, con la que se hubiera interrumpido el fenómeno extintivo.

De esta manera, inicialmente se estudiará el recurso de apelación de TRANSMILENIO S.A. y la parte demandante, relacionado con la solidaridad, para lo cual resulta oportuno memorar dicha figura jurídica está prevista en nuestro ordenamiento sustantivo laboral en el artículo 34[4], frente a la cual la posición reiterada por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicación Nº 28438 de 20 de febrero de 2007[5], es que el dueño de la obra, debe responder solidariamente

---

[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)*

[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

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 SL845 de 2021 con radicación 83444.

Dado lo anterior, es necesario traer a colación el objeto social de cada una de las empresas citadas a juicio, inicialmente el del OPERADOR SOLIDARIO DE PROPIETARIOS TRANSPORTADORES COOBUS S.A.S. EN LIQUIDACION JUDICIAL, según consta en el certificado de existencia y representación legal aportado a folios 75 a 79 establece:

> *"La sociedad tendrá por objeto operar la concesión, cuyo objeto es la explotación preferencial y no exclusiva, de la prestación del servicio público de transporte de pasajeros dentro del esquema SITP (...)".*

De otra parte, el objeto social de la demandada en solidaridad TRANSMILENIO S.A., está plasmado a folios45 vuelto y 46, en el cual se lee algunos apartes:

> *"Corresponde a TRANSMILENIO S.A. la gestión, organización y planeación del servicio integrado de transporte público urbano de pasajeros en el Distrito Capital y su área de influencia, bajo las modalidades de transporte terrestre automotor, (...)*

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.

> *En desarrollo de este objeto la sociedad podrá ejecutar todos los actos o contratos y solicitar las autorizaciones legales que fuesen necesarias y/o convenientes para el cabal cumplimiento de este"*

Así mismo en el CONTRATO No. 005 de 2010 suscrito por TRASMILENIO S.A. y COOBUS S.A. (cd. folio 94), se indicó que el objeto de tal acuerdo sería:

> *"(…) Otorgar en concesión no exclusiva y conjunta con otros concesionarios la explotación del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá –SITP- la concesionario, en la zona 3) FONTIBON (…)".*

Siendo los propósitos de éste contrato los siguientes:

> *"3.1 Garantizar la prestación del servicio público esencial urbano masivo de pasajeros en condiciones de seguridad, comodidad y accesibilidad (…).*
>
> *3.2. Implementar un sistema de transporte público de pasajeros organizado, eficiente y sostenible para la ciudad de Bogotá e incentivar la optimización y actualización tecnológica para garantizar su continuo mejoramiento."*

Y en cuanto a las labores desempeñadas por el demandante, en virtud del contrato de trabajo suscrito con COOBUS S.A.S., se tiene que fue el de OPERADOR DE BUS (ver contrato fl. 23), cuyo objeto básicamente fue desarrollar las actividades de esa empresa (clausula tercera fl. 24).

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 las actividades desarrolladas por el actor en virtud del contrato con COOBUS no son propias del objeto de Transmilenio, contrario a ello, sobre Transmilenio existe la prohibición de operar el transporte y de hacer parte o asociado de empresas que se encarguen de dicho objeto social, conforme se consagra en el numeral 6° del artículo 3° del Acuerdo 04 de 1999, cuya copia se aportó por la demandada Transmilenio en medio magnético (Cd. fol. 94) y que en lo pertinente reza:

> *"TRANSMILENIO S.A. no podrá ser operador ni socio del transporte masivo terrestre urbano automotor por sí mismo o por interpuesta persona, ya que la operación del sistema estará contratada con empresas privadas.*
>
> *TRANSMILENIO S.A. será responsable de la prestación del servicio cuando se declare desierto un proceso de selección o cuando se suspendan o terminen anticipadamente los contratos o se declare la caducidad de los contratos con los operadores privados por las causas previstas en la ley o los contratos".*

Así las cosas, iterando que la actividad ejecutada por el actor no es del giro normal de TRANSMILENIO S.A., en la operación del transporte y teniendo en cuenta que el hecho de haberse beneficiado de la labor del demandante, 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., contrario a lo concluido por la *a quo*, deberán declararse probadas las excepciones de mérito denominadas inexistencia de la responsabilidad solidaria e inexistencia de las obligaciones pretendidas, formuladas por la demandada TRANSMILENIO S.A. (fls. 88 vuelto a 89 vuelto). Bajo este panorama, la Sala se releva del estudio de los argumentos de la parte demandante relativos a la declaratoria de prescripción respecto a Transmilenio S.A. y al agotamiento de la reclamación administrativa frente de dicha entidad.

Ahora, frente a la liquidación de la INDEMNIZACIÓN MORATORIA, baste con recordar el contenido del artículo 65 del C.S.T., el cual señala:

> *"<Aparte tachado INEXEQUIBLE. Para los trabajadores que devenguen menos de un (1) salario mínimo mensual vigente, continúa vigente el texto que puede leerse en los párrafos anteriores, para los demás casos el nuevo texto es el siguiente:> Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria* ~~***o si presentara la demanda, no ha habido pronunciamiento judicial***~~*, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique.*
>
> *Dichos intereses los pagará el empleador sobre las sumas adeudadas al trabajador por concepto de salarios y prestaciones en dinero."*
>
> *PARÁGRAFO 2o.* ***Lo dispuesto en el inciso 1o. de este artículo solo se aplicará a los trabajadores que devenguen más de un (1) salario mínimo mensual vigente****. Para los demás seguirá en plena vigencia lo dispuesto en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo vigente.*

De este modo, es claro que para los casos en que un trabajador devengue más de un salario mínimo, como ocurre en el *sub examine* por cuanto conforme se declaró en primera instancia para el año 2014 el salario del accionante ascendía a $1.722.000 se debe limitar la condena hasta el mes 24 siempre y cuando haya acudido a la jurisdicción durante este lapso contado a partir de la fecha de terminación del vínculo laboral, y en ese orden se encuentra acertada la decisión de la Juez de primer grado al disponer que solo se deberán cancelar al ex trabajador

los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria sobre las sumas adeudadas por concepto de prestaciones sociales, pues la demanda la presentó después de 3 años y 11 meses de haber finalizado el vínculo laboral del actor con COOBUS S.A. (la demanda se sometió a reparto el 17 de mayo de 2018)

También resultó acertada la decisión de la juzgadora a quo, de limitar la procedencia de los citados intereses moratorios hasta el 19 de agosto de 2016 fecha de apertura del proceso de liquidación judicial de COOBUS (fls. 38 a 44), teniendo en cuenta que si bien las circunstancias de insolvencia del empleador y sus consecuencias, no pueden ser trasladadas al trabajador con anterioridad a tal data, la mala fe de COOBUS S.A. por su omisión en el pago solo se puede desvirtuar a partir de la apertura del trámite liquidatorio, que en el caso de autos lo fue con posterioridad a la terminación del contrato del demandante. En similar sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en sentencia del 1° de marzo de 2017, radicado 53793[6]. En consecuencia, se confirma en este aspecto la sentencia de primera instancia.

---

[6] *"(...)* En lo que atañe a la moratoria del artículo 65 del CST, causada por los salarios y prestaciones adeudados a la terminación del contrato, esto es el 6 de septiembre de 2010, corresponde decir que, dado el estado de liquidación judicial por el que atraviesa la demandada a partir del 7 de septiembre siguiente, conocido plenamente dentro del plenario, aplica el precedente de esta Corte contenido en la sentencia CSJ del 10 de oct. de 2003, No. 20764, en el sentido de que no se da la mala, frente al incumplimiento de las empresas en liquidación y, por tanto, no procede la condena por este concepto, a saber:

"Frente a la anterior situación, debe decirse que de imponerle la indemnización moratoria a un empleador que se encuentra en esas condiciones, es decir en liquidación obligatoria, no tendría razón de ser la expedición de las leyes especiales que permiten la intervención Estatal en las empresas, las cuales están destinadas a proteger no solo el capital y la inversión económica, sino también los intereses de los asalariados y por ende el derecho Constitucional al empleo consagrado en el artículo 25 del Ordenamiento Superior, que se orienta a que un agente estatal dirija los destinos de la unidad de explotación económica y pretenda ya la recuperación económica, ora la liquidación de la sociedad, todo, contra la voluntad del empleador y empresario, sin que pueda quedar al libre albedrío del promotor del acuerdo o del liquidador, hacer un uso inadecuado de los recursos destinados, a conservar el equilibrio de la compañía como persona moral y la igualdad entre los acreedores, según la filosofía propia de la liquidación forzada regulada en la Ley.

Finalmente, no puede deducirse que una empleadora que fue llamada a liquidación forzada como la sociedad demandada, tuviera interés en desconocer o defraudar los intereses y créditos de los trabajadores demandantes, como para entrar a darle viabilidad al Art. 65 del C. S. del T., que como lo ha sostenido esta Sala, no es de aplicación automática".

En relación con la sanción por no consignación de las cesantías contemplada en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, la parte demandante apeló la decisión de la juzgadora de primera instancia, en relación con la cuantía de la condena, por considerar que corresponde a un monto mayor al decretado; en tanto, la apoderada de COOBUS S.A. en liquidación presentó su reparo frente al tema, por considerar que la prescripción corre de manera independiente para cada anualidad en que se causó el derecho y en consecuencia, la condena por este concepto es menor.

En primer lugar, recuerda la Sala que todo empleador está obligado a consignar las cesantías a favor de sus trabajadores a más tardar el 14 de febrero de cada año, por lo que la sanción por no consignación de las cesantías a un fondo, es exigible a partir del 15 de febrero del año siguiente a aquel en que se causaron las cesantías y durante los tres años siguientes, en aplicación del término extintivo establecido en los artículos 488 C.S.T. y 151 CPTSS, aspecto que fue analizado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL5418 de 2019 del 3 de diciembre de 2019, con radicación 70892, donde precisó:

> "*En efecto, de la sentencia recurrida se colige que el ad quem consideró la prescripción de los intereses a las cesantías, las primas de servicio y las vacaciones, e igualmente precisó, que aquella no operó respecto de las cesantías; sin embargo, no efectuó ningún pronunciamiento frente a la procedencia de dicho fenómeno respecto de la sanción por la no consignación de las cesantías en un fondo destinado para tal fin.*
>
> *El artículo 151 del CPTSS prevé:*
>
> **Artículo 151. -Prescripción.** Las acciones que emanen de las leyes sociales **prescribirán en tres años**, que se contarán **desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible**. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual. (Negrillas fuera del texto)
>
> *Al respecto debe precisarse, que la prescripción no corre de igual forma tratándose de las cesantías y de la sanción por la no consignación de estas, dado que la exigibilidad de cada una opera en momentos diferentes, siendo que el auxilio de cesantías se hace exigible al finalizar la relación laboral, mientras que respecto de la sanción moratoria del numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el término extintivo se contabiliza a partir del vencimiento del plazo que tiene el empleador para la consignación de cada anualidad de la prestación, es decir, a partir del 15 de febrero del año siguiente al que corresponda el causado y que se omitió consignar, por cuanto su exigibilidad data desde dicho día; así se colige de la norma:*
>
> **Artículo 99.**- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía tendrá las siguientes características:

> […]
>
> 3ª. **El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente**, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. **El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.**

Sobre el particular se pronunció esta corporación en la sentencia CSJ SL 35603, 1º feb. 2011, en los siguientes términos:

> El auxilio de cesantía regulado por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, contiene diversas situaciones. Una de ellas es su liquidación a 31 de diciembre de cada año, cuyo valor debe ser consignado antes del 15 de febrero del año siguiente en el correspondiente fondo, cuya omisión implicará para el empleador el pago de un día de salario por cada día de retardo (art. 99-3). Otra ocurre a la terminación de la relación laboral, cuando existiendo saldos de cesantías a favor del trabajador, el empleador debe pagarlos directamente al trabajador con los intereses legales causados.
>
> La sanción moratoria del artículo 99-3 de la Ley 50 de 1990, surge a la vida jurídica el 15 de febrero de cada anualidad, pues es antes de ese día que el empleador debe consignar el valor liquidado del auxilio de cesantía. Entonces, si el empleador no consigna en la fecha señalada, la dicha sanción moratoria empieza su vigencia desde entonces, es decir, se hace exigible. Y si ya se tiene la fecha de exigibilidad, la prescripción de la misma está regulada por los artículos 488 del C. S. del T. y 151 del C. P. del T. y de la S.S.
>
> Ahora, si a la terminación del contrato de trabajo, el empleador no ha cumplido con su deber de consignar dentro de los términos de ley, surge otra obligación a su cargo, cual es la de pagar directamente al trabajador esa prestación. Pero desde este momento, conforme lo tiene adoctrinado la jurisprudencia de la Corte, la omisión de dicho pago directo acarrea para el empleador la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C. S. del T., de manera que ésta reemplaza la causada por la falta de consignación, es decir, que la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantía, corre hasta la terminación del contrato, momento en el cual el empleador debe pagar, no solo los saldos adeudados, sino el causado en la respectiva anualidad en la que finaliza el vínculo contractual laboral.

En este sentido, la acusación propuesta tiene plena vocación de prosperidad, pues, para efectos de determinar la aplicación del fenómeno prescriptivo, debe dilucidarse en qué momento surge el derecho a reclamar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el incumplimiento de consignar las cesantías anualizadas, para lo cual no se puede dejar de considerar que la norma señala una fecha exacta para que el empleador realice la consignación respectiva, y prevé que a partir del día siguiente se causa la sanción por el incumplimiento en esa consignación, o sea que esta es una nueva obligación a cargo del empleador, que empieza a correr desde el momento mismo en que se produce dicho incumplimiento, por lo cual es a partir de esa fecha cuando se hace exigible, naciendo para el trabajador su derecho a reclamar el reconocimiento, razón por la cual si no lo ejerce dentro de los 3 años siguientes, opera la prescripción".

De tal manera, es claro para la Sala, que la exigibilidad de la sanción por no consignación de las cesantías no surge a la finalización del vínculo laboral, sino a partir del día siguiente al que se causó el derecho, esto es, desde el 15 de febrero

de cada anualidad, como quiera que esta sanción procede cuando el empleador no consigna el valor de la cesantía correspondiente para cada año a más tardar el 14 de febrero del año siguiente, en la cuenta individual que el trabajador haya elegido, a razón de un día de salario por cada día de retardo, por lo que el termino de prescripción de la referida indemnización debe contabilizarse de manera independiente para cada anualidad sobre la que se solicita su pago, tal como lo señaló la apoderada de la demandada COOBUS S.A.

En este orden, se tiene que la juez a quo declaró la existencia de un contrato de trabajo entre Norberto Castañeda y COOBUS S.A. del 18 de diciembre de 2012 al 9 de julio de 2014 y en consecuencia, la sanción por la falta de consignación de las cesantías del año 2012, se hizo exigible el 15 de febrero del 2013 y podía reclamarse hasta el 14 de febrero de 2016. La sanción por no consignación de las cesantías del año 2013 se hizo exigible el 15 de febrero de 2014 y podía reclamarse hasta el 14 de febrero de 2017 y en relación con las cesantías causadas en el año 2014 no se generó la obligación de consignarlas, en tanto el vínculo laboral terminó el 9 de julio de esa anualidad y lo que procedía era su reconocimiento y pago directamente al trabajador. Ahora bien, habiendo terminado el vínculo laboral el 9 de julio de 2014, la parte demandante afirmó haber solicitado el reconocimiento y pago de las prestaciones laborales el 7 de octubre de 2016 y en efecto, como consta a folio 33 del paginario, se reclamó a COOBUS S.A. en liquidación, el pago de la sanción por no consignación de las cesantías. Sin embargo, de la lectura de la carta de renuncia motivada que el actor presentó ante COOBUS S.A.S. el 9 de julio de 2014 (fls. 31 a 32), se constata que en aquella oportunidad, solicitó entre otros conceptos, el pago de la sanción por no consignación de las cesantías a un fondo, por lo que fue en esta fecha (9 de julio de 2014) cuando se interrumpió el fenómeno de la prescripción, en tanto, como lo prevé el artículo 489 del C.S.T., la prescripción se interrumpe *solo por una vez,* con el simple reclamo del empleador.

En ese orden, advierte esta Corporación, que la consignación de las cesantías del año 2012 debió hacerse a más tardar el 14 de febrero de 2013 y la sanción por su no consignación corrió desde el 15 de febrero de 2013 hasta el 14 de febrero de 2014 y era exigible hasta el 14 de febrero del año 2016.

A su turno, las cesantías del año 2013 debieron consignarse a más tardar el 14 de febrero de 2014 y la sanción por no haber sido consignadas corrió entre el 15 de febrero de 2014 y el 9 de julio del mismo año y eran exigibles hasta el 14 de febrero de 2017 y como ya se explicó, no hubo lugar la sanción reclamada, respecto a las cesantías causadas en el año 2014, en tanto el empleador debió pagarlas directamente al trabajador a la terminación del contrato y no hacer su consignación al fondo.

A tono con todo lo anterior, conforme consta en el acta de reparto (fl. 55), la demanda se presentó el 17 de mayo de 2018, cuando ya había expirado el plazo máximo de tres años que había habilitado el demandante con la reclamación de prestaciones que hizo el 9 de julio de 2014 cuando junto con su renuncia, reclamó el pago de la sanción por no consignación de las cesantías. En consecuencia cualquier derecho por este concepto se encuentra prescrito, por lo que habrá de revocarse la condena que en este sentido impuso la juez de primer grado.

Finalmente respecto a los argumentos de la apoderada de COOBUS S.A., tendientes a que se tenga en cuenta el monto de un millón treinta y cuatro mil trecientos sesenta y ocho pesos ($1’034.368) que le fueron reconocidos al demandante dentro del proceso concursal, readjudicados y reconocidos en vehículos mediante auto de 24 de junio de 2020, emitido por la Superintendencia de Sociedades, la Sala confirma la decisión negativa que en este sentido impartió la juez a quo, en tanto no se acredita en el plenario que el demandante haya recibido a satisfacción la suma señalada.

Agotada como se encuentra esta instancia, conforme las conclusiones expuestas se revocará parcialmente la sentencia de primer grado, para declarar probadas las excepciones de INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA e INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES PRETENDIDAS, formuladas por la sociedad TRANSMILENIO S.A. y absolver a Transmilenio de las pretensiones incoadas en su contra, también se revocará la condena impuesta a COOBUS por concepto de sanción por no consignación de las cesantías y se confirmará la decisión en lo demás.

SIN COSTAS en ésta 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

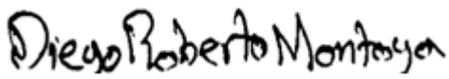
PRIMERO: REVOCAR parcialmente la sentencia de primera instancia, para en su lugar **ABSOLVER** a la demanda **TRANSMILENIO S.A.** de todas las pretensiones incoadas en su contra, declarando probadas las excepciones de INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA e INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES PRETENDIDAS, formuladas por la sociedad TRANSMILENIO S.A.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal segundo de la parte resolutiva de la sentencia de primer grado para ABSOLVER a la demandada COOBUS .S.A.S. de la pretensión relativa a la sanción por no consignación de las cesantías, conforme lo analizado.

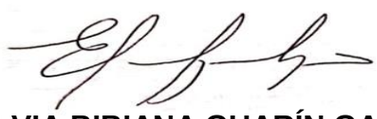
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el JUZGADO VEINTICUATRO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, conforme a las motivaciones anteriormente expuestas.

CUARTO: SIN COSTAS en ésta 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

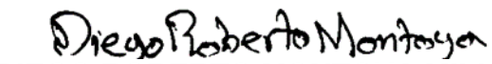
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR FELIPE ANTONIO HENAO HENAO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 25 2020 00247 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de junio 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 GARCÍA en su calidad de representante legal de la firma ARANGO GARCÍA ABOGADOS ASOCIADOS.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por el demandante y Colpensiones, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 13 numeral primero de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022.

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 apoderado de la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juez Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 10 de marzo del 2022 *(Audio archivo 15 expediente digital record:13:14)* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: ABSOLVER** a la demandada COLPENSIONES, de todas las pretensiones incoadas en su contra conforme a la parte considerativa.*
>
> ***SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia.*
>
> ***TERCERO:** Por ser totalmente adversas a las pretensiones del demandante en caso de no ser apelada consúltese con el superior honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para que surta el grado jurisdiccional de consulta.**"***

Inconforme con la decisión el apoderado del demandante recurre la decisión, solicitando se revoque la sentencia proferida y en consecuencia se accedan a las pretensiones de la demanda, en el sentido de tener en cuenta las cotizaciones efectuadas durante las últimas 100 semanas, aduciendo el actor cotizó al sistema desde el 1° de enero de 1967 al 1° de abril de 1991 que arroja un total de 1476 días equivalentes a 1068 semanas, no obstante aduce de manera injustificada y unilateral COLPENSIONES decidió reducir de manera tangencial las semanas cotizadas sin permitirle la oportunidad procesal o administrativa para que haya controvertido esta disminución de semanas afectando su derecho pensional en cuanto a la tasa de reemplazo que por derecho le correspondía.

Por otro lado, expresa en vigencia del Decreto 758 de 1990 se acreditaron los requisitos de edad y tiempo para el año de 1991 y por ende resulta procedente la reliquidación de acuerdo a lo estipulado en el artículo 20 del Decreto 758 de 1990, lo que aumentaría su liquidación.

Finalmente indica que el demandante adquirió el derecho pensional en 1991 y por ende el régimen aplicable lo era el Decreto 758 de 1990 de modo que la Ley 100 de 1993 en punto a la liquidación de la prestación tal normativa no puede ser aplicada. *(Audio archivo 15, expediente digital record: 14:33)*[1]

---

[1] "De manera respetuosa ante su despacho me permito interponer el recurso de apelación en contra de la sentencia dictada en esta instancia por las siguientes razones:

En primera medida solicito al honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá sala laboral que revoque la sentencia proferida en esta instancia y en consecuencia de ello se accedan a las pretensiones de la demanda, esto es condenar a COLPENSIONES a remitir y a pagar la pensión de vejez del señor FELIPE ANTONIO HENAO HENAO a partir del 1 de noviembre de 1991 teniendo en cuenta la aplicación plena del decreto 758 de 1990, en el sentido en que se tengan en cuenta las cotizaciones efectuadas durante las últimas 100 semanas realizadas por mi poderdante al instituto de seguros sociales hoy COLPENSIONES y que además las sumas que ordene reconocer o liquidar el Tribunal, sean debidamente indexadas de conformidad con las certificaciones expedidas por el DANE.

Se aparta de la decisión este apoderado judicial con el debido respeto, en el sentido en que las pruebas allegadas al proceso, se logró demostrar que mi poderdante cotizó al sistema general de pensiones en el régimen de prima media desde el 1 de enero de 1967 hasta el 1 de abril de 1991 y que de acuerdo con ese tiempo laborado se arroja un total de 1476 días equivalente a 1068 semanas y que mediante la resolución 4555 del 3 de diciembre de 1991, el instituto de seguros sociales le reconoció la pensión de vejez a mi

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 FELIPE ANTONIO HENAO HENAO, las pretensiones y hechos relacionadas en la página 7 (Archivo 1 expediente digital), las cuales se encaminaron a que se condene a la demandada a reliquidar y pagar la pensión de vejez a partir del 1° de noviembre de 1991 teniendo en cuenta la aplicación plena del Decreto 758 de 1990, esto es, con las cotizaciones efectuadas durante las últimas 100 semanas, actualización de las sumas adeudadas de conformidad con la certificación expedida por el DANE, costas y agencias en derecho, condenas *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable** a sus anhelos, por cuanto se absolvió de la reliquidación pretendida tras considerar que teniendo en cuenta las semanas reportadas en el última historia laboral aportada por Colpensiones que acredita 1037 semanas, liquidando la prestación con las últimas 100 semanas y con los 10 últimos años con una tasa de reemplazo del 75% se obtiene una mesada inferior a la reconocida por el entonces ISS, precisando el Juez *a quo* que conforme al artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en punto al IBL para pensiones de transición se debía tener en cuenta lo señalado en el artículo 21 de tal normativa, por lo que concluyó la mesada reconocida por la demandada se encuentra ajustada a Derecho.

Así las cosas, se advierte no es motivo de controversia en ésta instancia, la calidad de pensionado que ostenta el demandante, tal y como puede verificarse en la Resolución No.

---

poderdante teniendo en cuenta un total de 1068 semanas cotizadas en cuantía inicial de 174.890 pesos efectiva a partir del 1 de noviembre de 1991 con una tasa de reemplazo del 78% de conformidad con el decreto 758 de 1990, sin embargo se le extraña a este apoderado judicial que de manera injustificada y unilateral por parte de COLPENSIONES se haya decidido reducir de manera tangencial las semanas cotizadas por mi poderdante sin permitirle la oportunidad procesal o administrativa para que haya controvertido esta disminución de semanas en el cual de una manera arbitraria hizo la disminución afectando su derecho pensional en cuanto a la tasa de reemplazo que por derecho le correspondía, además, se debe tener en cuenta en segundo lugar que en el decreto 758 de 1990 ya se habían acreditado los requisitos en cuanto a lo que tiene que dar y ver con edad y tiempo para el año de 1991 siendo obligatorios de sus derechos que COLPENSIONES no haya efectuado la reliquidación aun presentando diferencias de acuerdo lo estipulado en el artículo 20 decreto 758 de 1990 que establece: "El salario mensual de base se obtiene multiplicando por el factor 4.33, la centésima parte de la suma de los salarios semanales sobre los cuales cotizó el trabajador en las últimas cien (100) semanas.", es evidente que sumadas y promediadas las últimas 100 semanas cotizadas por mi poderdante incrementa su base de liquidación tal como se desprende del reporte de semanas cotizadas y de los certificados. Ahora, también se le extraña a este apoderado judicial en el sentido en que su poderdante pues adquirió su derecho pensional en el año 1991, el régimen aplicable para él en su totalidad es el decreto 758 de 1990 ya que posteriormente fue expedida la ley 100 de 1993 pero el ingreso de la respectiva liquidación debió haber realizado de acuerdo a lo ordenada en la ley en el momento de consolidar su estatus pensional; bajo los anteriores argumentos dejo presentados mis alegatos de conclusión. Muchas gracias señor juez."

4555 del 13 de diciembre de 1991 expedida por el INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL visible en el archivo 7 del expediente digital (expediente administrativo) donde se constata, que el reconocimiento del derecho pensional se otorgó en aplicación del artículo 12 del Decreto 758 de 1990, a partir del 1° de noviembre de 1991 en cuantía de $174.980 y teniendo en cuenta 1068 semanas.

De tal manera como quiera que lo pretendido por el actor es que se reliquide su primera mesada pensional, tomando como IBL el promedio de salarios devengados y que sirvieron de base para hacer los aportes durante las últimas 100 semanas, desde un comienzo se evidencia que, en efecto, la pensión de vejez se causó y fue reconocida al señor HENAO HENAO antes de la entrada en vigencia del sistema general de seguridad social (Ley 100 de 1993), esto es, el 1° de noviembre de 1991, tal como se dispuso mediante la Resolución 455 del 13 de diciembre de 1991 atrás citada, siendo entonces lógico que la prestación se debe liquidar conforme con lo señalado en el Decreto 758 de 1990, esto es, el parágrafo 1º del artículo 20 del referido Decreto, el cual a la letra dice:

> *"El salario mensual de base se obtiene multiplicando por el factor 4.33, la centésima parte de la suma de los salarios semanales sobre los cuales cotizó el trabajador en las últimas cien (100) semanas.*
>
> *El factor 4.33 resulta de dividir el número de semanas de un año por el número de meses".*

Establecido lo anterior, se procede entonces a la verificación de la suma otorgada en su momento por la pasiva para con ello establecer si se encuentra correcta la suma por ella obtenida, quien alega haber reconocido la pensión de vejez ajustada a derecho, precisándose en primer lugar la Sala tendrá en cuenta lo establecido en el acto reconocedor del derecho, esto es, un salario mensual de base de $224.217,32 infiriendo éste corresponde al IBL de las últimas 100 semanas del actor, al cual se le aplicará una tasa de reemplazo del 78% por las 1068 semanas que en su momento fueron tenidas en cuenta por el ISS, arrojando una mesada para el año 1991 de **$174.889,50**, esto es, levemente inferior a la reconocida de $174.890.

Ahora, y como quiera que dentro del plenario no se acreditan de manera discriminada y/o detallada las 1068 semanas que fueron tenidas en cuenta en su momento por el ISS y por ende se desconoce cuáles fueron los IBC con los que el ISS en su momento efectuó la liquidación, esta Corporación procedió a 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 por COLPENSIONES a este proceso y en que obra en la carpeta del expediente administrativo, actualizada al 24 de noviembre del 2020, en la cual se señalan aportes del 1° de enero de 1967 al 1° de abril de 1991 en un total de 1037,43 semanas, arrojando como IBL de las últimas 100 semanas anteriores al reconocimiento de la pensión del accionante (20/04/89 al 01/04/1991), la suma de $4.438.846,15 al cual se le aplica el factor 4.33 de trata la norma citada y una tasa de remplazo equivalente 78%, respetando las 1068 semanas que fueron tenidas en cuenta por la encartada para el reconocimiento pensional, para una mesada pensional al **año 1991 de $149.917,59,** nuevamente inferior al que la demandada reconoció al accionante.

TABLA PROMEDIO ÚLTIMAS 100 SEMANAS DE VIDA LABORAL					
Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número semanas por periodo***	***Valor Ingreso Mensual***	***Valor por semana***	***Valor acumulado de semanas por período***
20/04/89	*05/03/90*	*45,00*	*$ 136.290,00*	*$ 31.769,23*	*$ 1.429.615,38*
06/03/90	*01/04/91*	*55,00*	*$ 234.720,00*	*$ 54.713,29*	*$ 3.009.230,77*
Total semanas		**100,00**	**Total acumulado actualizado**		**$ 4.438.846,15**

TABLA PRIMERA MESADA PENSIONAL		
Centésima parte de sumatoria de salarios semanales	***Salario base***	***Porcentaje aplicado salario base***
		78,00%
$ 44.388,46	*$ 192.202,04*	***$ 149.917,59***

Por otro lado, y teniendo en cuenta como ya se dijo el último reporte de semanas allegado por la encartada, donde se señalan 1037,43 semanas cotizadas por el accionante, daría lugar a una tasa de reemplazo del 75% por tal cantidad de aportes, de modo que realizando las operaciones matemáticas con ese porcentaje se tendría una mesada pensional al **año 1991 de $144.151,53,** evidentemente inferior a la que fue reconocida por el ISS.

TABLA PROMEDIO ÚLTIMAS 100 SEMANAS DE VIDA LABORAL					
Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número semanas por periodo***	***Valor Ingreso Mensual***	***Valor por semana***	***Valor acumulado de semanas por período***
20/04/89	*05/03/90*	*45,00*	*$ 136.290,00*	*$ 31.769,23*	*$ 1.429.615,38*
06/03/90	*01/04/91*	*55,00*	*$ 234.720,00*	*$ 54.713,29*	*$ 3.009.230,77*
Total semanas		**100,00**	**Total acumulado actualizado**		**$ 4.438.846,15**

TABLA PRIMERA MESADA PENSIONAL		
Centésima parte de sumatoria de salarios semanales	***Salario base***	***Porcentaje aplicado salario base***
		75,00%
$ 44.388,46	*$ 192.202,04*	***$ 144.151,53***

Razón por la cual ninguna diferencia se puede generar a su favor en ninguno de los tres escenarios atrás expuestos, pues véase en el siguiente cuadro como la mesada reconocida por la demandada siempre es superior a la última aquí encontrada.

Tabla Diferencia Pensional			
Año	***Incremento %***	***Mesada otorgada***	***Mesada calculada***
1991	*26,10%*	***$ 174.890,00***	*$ 144.151,53*
1992	*26,00%*	*$ 220.361,40*	*$ 181.630,93*
1993	*25,00%*	*$ 275.451,75*	*$ 227.038,66*
1994	*22,60%*	*$ 337.703,85*	*$ 278.349,40*
1995	*22,59%*	*$ 413.991,14*	*$ 341.228,53*
1996	*19,46%*	*$ 494.553,82*	*$ 407.631,60*
1997	*21,63%*	*$ 601.525,81*	*$ 495.802,31*
1998	*17,68%*	*$ 707.875,58*	*$ 583.460,16*
1999	*16,70%*	*$ 826.090,80*	*$ 680.898,01*
2000	*9,23%*	*$ 902.338,98*	*$ 743.744,89*
2001	*8,75%*	*$ 981.293,64*	*$ 808.822,57*
2002	*7,65%*	*$ 1.056.362,60*	*$ 870.697,50*
2003	*6,99%*	*$ 1.130.202,35*	*$ 931.559,25*
2004	*6,49%*	*$ 1.203.552,48*	*$ 992.017,45*
2005	*5,50%*	*$ 1.269.747,87*	*$ 1.046.578,41*
2006	*4,85%*	*$ 1.331.330,64*	*$ 1.097.337,46*
2007	*4,48%*	*$ 1.390.974,25*	*$ 1.146.498,18*
2008	*5,69%*	*$ 1.470.120,69*	*$ 1.211.733,92*
2009	*7,67%*	*$ 1.582.878,94*	*$ 1.304.673,92*
2010	*2,00%*	*$ 1.614.536,52*	*$ 1.330.767,39*
2011	*3,17%*	*$ 1.665.717,33*	*$ 1.372.952,72*
2012	*3,73%*	*$ 1.727.848,58*	*$ 1.424.163,86*
2013	*2,44%*	*$ 1.770.008,09*	*$ 1.458.913,46*
2014	*1,94%*	*$ 1.804.346,25*	*$ 1.487.216,38*
2015	*3,66%*	*$ 1.870.385,32*	*$ 1.541.648,50*
2016	*6,77%*	*$ 1.997.010,41*	*$ 1.646.018,10*
2017	*5,75%*	*$ 2.111.838,50*	*$ 1.740.664,14*
2018	*4,09%*	*$ 2.198.212,70*	*$ 1.811.857,30*
2019	*3,18%*	*$ 2.268.115,86*	*$ 1.869.474,37*
2020	*3,80%*	*$ 2.354.304,27*	*$ 1.940.514,39*
2021	*1,61%*	*$ 2.392.208,56*	*$ 1.971.756,67*
2022	*5,62%*	***$ 2.526.650,69***	*$ 2.082.569,40*

Nótese como incluso COLPENSIONES en la Resolución SUB 305309 del 6 de noviembre del 2019 *(Archivo 1 expediente digital, páginas 23 a 28)*, al revisar la liquidación de la pensión otorgada al actor señaló como ingreso base de liquidación la suma de $242.217 y una tasa de reemplazo del 75%, aduciendo que

ello arrojó un quantum pensional para el año 2019 de $2.241.571, considerando "*Que una vez efectuada las operaciones aritméticas se observa que el valor arrojado es inferior o igual al inicialmente reconocido por lo que en aplicación al principio de favorabilidad niega la reliquidación solicitada".* Igualmente, y frente al número de semanas cotizadas adujo la demandada lo siguiente:

> Que esta entidad evidencia que la Historia laboral del señor **HENAO HENAO FELIPE ANTONIO,** fue validada por la Dirección Nacional De Operaciones mediante el radicado 2018_2526955 donde establece:
>
> *revisados tanto la historia laboral de la Afiliada como las bases de datos de Colpensiones le informamos que se realizaron las actualizaciones a que hubo lugar quedando ésta consistente y acreditada con 1037.42 semanas de cotización sin embargo esto no atiende completamente su solicitud toda vez que la liquidación generada total no corresponde por lo pronunciado por resolución número 4555 de 1991; por lo cual se le solicita indicar bajo qué empleadores y en qué ciclos hacen falta, para así poder proceder a validar dichas solicitudes y en caso tal realizar las debidas actualizaciones.*

Razones por las cuales y al no acreditarse dentro del presente litigio error en la liquidación de la mesada pensional del accionante ni evidenciarse diferencia en favor del promotor del litigio, no pueden salir avante sus anhelos.

Lo expuesto en líneas anteriores, es suficiente para establecer que la prestación vitalicia por vejez del actor no puede ser objeto de reliquidación en los términos solicitados en la demanda, razón por la cual habrá de confirmarse la sentencia de primer grado, **pero** por las razones aquí expuestas.

COSTAS en apelación a cargo del Demandante.

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

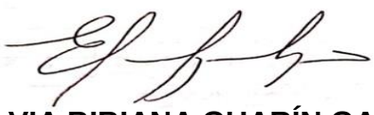
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, **pero** de conformidad con las motivaciones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en apelación a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

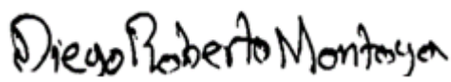


ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA



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 $700.000, 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 MILLAN

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LEYDER AMANDA ROJAS MAHECHA CONTRA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. (RAD. 26 2018 00653 01)

Bogotá D.C. treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la demandada PROTECCION S.A. (folio 5) y la parte demandante (fls. 7 a 9) el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 13 numeral primero de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente,

SENTENCIA

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 Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 18 de enero de 2022 (*Audiencia Virtual de trámite y juzgamiento, Art. 80 del C.P.T y la S.S., archivo 21, récord: 1:07:00*), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: ABSOLVER** a la demandada ADMINISTRADORA DEL FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte de la demandante LEYDER AMANDA ROJAS MAHECHA, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** en costas de esta instancia a la demandante, fijándose como agencias en derecho la suma de $1.000.000 a favor de la demandada.*
>
> ***TERCERO:** En caso que la sentencia no sea debidamente apelada, remítase en el grado jurisdiccional de consulta ante la sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá".*

Inconforme con la decisión, el apoderado de la demandante la apeló. En relación con la negativa de la nulidad de la transacción refirió, junto con la demanda se aportó la incapacidad médica por el accidente de trabajo ocurrido el 16 de marzo de 2015, que según consta en la historia clínica ocurrió en su horario laboral y adelantando labores propias de su cargo, con diagnóstico de esguince de tobillo izquierdo e incapacidad de treinta días, con observaciones de manejo promedio de seis meses y de dicha incapacidad le comunicó a su jefe inmediata María Clara González. Recalcó, aunque un año atrás la demandante también había presentado una patología en su pie izquierdo, ello no desvirtúa la ocurrencia del accidente de trabajo, que infortunadamente le afectó también la misma extremidad.

De otro lado señaló que la demandada estaba obligada a reportar a la ARL el accidente de trabajo y no la demandante quien se encontraba incapacitada, por lo que aún sin estar obligada lo reportó el 16 de abril de 2015; añadió PROTECCIÓN S.A. nunca hizo seguimiento al estado de salud de la demandante, no hizo ninguna diligencia ante la ARL y desconoció sus requerimientos. Dijo, no se pudo demostrar la pérdida de capacidad laboral de la actora, debido a que la demandada por negligencia no reportó oportunamente el accidente de trabajo.

Aseguró, la pérdida de capacidad laboral de la demandante era evidente, notoria al momento en que se firmó la transacción entre las partes, que no fue suscrita por mutuo acuerdo, porque la actora fue obligada a aceptarla; en este sentido, recordó que el documento de transacción fue elaborado por PROTECCIÓN S.A. Hizo referencia a la ocurrencia de conductas de acoso laboral, como le consta a la testigo Ingrid que no pudo comparecer a la audiencia y consta también en unos audios que se extraviaron.

Agregó, sobre la *"ocurrencia del accidente no hay testigos",* pero es claro que la demandante debía desplazarse de un lugar a otro para cumplir con sus actividades laborales y por ello el accidente ocurrió en una vía pública. Añadió, se presentó culpa patronal, consistente en la conducta negligente de PROTECCIÓN S.A. por no adelantar investigación con motivo del accidente[1]

[1]***Apoderado demandante (1:07:44):*** *Gracias su señoría, conforme con lo expuesto por su señoría manifiesto respetuosamente que contra la presente decisión de primera instancia procedo a sustentar el*

recurso de apelación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 del código procesal del trabajo. Gracias su señoría, respecto a la negación a la nulidad de la transacción manifiesto respetuosamente que no estoy de acuerdo con las consideraciones expuestas por su señoría, respecto tenidas en cuenta para no proceder a la declaración de la nulidad de la transacción, como si bien es cierto la demanda señora LEYDER AMANDA ROJAS MAHECHA si aporto de manera oportuna la correspondiente incapacidad médica laboral, la ocurrencia del accidente de trabajo acecido el 16 de marzo de 2015, y obra en la correspondiente historia médica que se allegó con la correspondiente demanda. En la correspondiente historia clínica que obra en la demanda, dice de manera expresa, que la misma acude en consulta médica el día 16 de marzo a la IPS que atiende y manifiesta es atendida la señora y manifiesta la razón de la consulta, que dice que estaba laborando en el horario comprendido entre las 7 de la mañana y las 5 de la tarde, que era su horario de trabajo y realizando actividades propias de su cargo, como son pasarse de un lugar a otro, de una empresa a otra, eso hace parte de sus actividades de trabajo, fue diagnosticada con una producción de trauma edema y sangrado diagnóstico de esguince de tobillo izquierdo e incapacidad de 30 días, con manejo ARL, observaciones manejo de promedio 6 meses.

Observemos que en este caso no le asiste razón a su señoria en el sentido que no prueba de que esa lesión que presenta en el tobillo izquierdo sea causado o consecuencia de este accidente de trabajo, si lo prueba, que es lo que lo prueba, la incapacidad medica correspondiente que le dieron ese mismo día, 30 días, por el accidente como fue que acaeció, como fue que sucedió, es decir, para ausentarse ella de su trabajo 30 días, ante la demandada PROTECCIÓN S.A, debía allegar una la correspondiente incapacidad, ella no se podía dejar de laborar 30 días y volver a los 30 días, no, ella para poderse ausentar esos 30 días informó a su jefe inmediato María Clara González que efectivamente había acaecido un accidente de trabajo en su horario laboral, que era de 7 de la mañana a 5 de la tarde, el horario laboral comprende todo ese tiempo de desplazamientos que yo tenga que realizar para ejecutar las actividades propias de mi cargo, esa prueba es la incapacidad médica su señoría que si obra en el expediente, y obra en la correspondiente compañía, porque es así que le paga, la compañía le paga los 30 días de incapacidad a mi poderdante, no se le va a pagar 30 días cuando no allega la prueba y mi poderdante si allegó la prueba del accidente de trabajo, que son los 30, la incapacidad inicial que le dijeron por 30 días, que es la que prueba que efectivamente ella si, incurrió, padeció un accidente de trabajo.

Ahora bien, el hecho que haya tenido una patología médica anterior a un año, en ese mismo sitio, es decir, su pie izquierdo no desvirtúa de hecho el accidente de trabajo, porque un accidente de trabajo es un caso fortuito, un caso que uno no puede decir me voy a lesionar el brazo, me voy a lesionar la pierna izquierda, me puede lesionar la cabeza, etc. Infortunadamente el accidente de trabajo acaeció en ese mismo sitio, no porque ella haya padecido una patología anterior a ese hecho, no quiere decir que por este mismo hecho se desvirtúa el accidente de trabajo, como lo pretende hacer ver la apoderada de PROTECCION S.A, que a consecuencia, ella padecía una patología en ese pie, si eso puede ser cierto y así se prueba en la historia clínica, pero también la historia clínica prueba que el 16 de marzo, mi cliente fue incapacitada a causa de un accidente de trabajo, que padeció una patología en ese mismo pie, eso no desvirtúa el accidente de trabajo, la patología anterior. Inclusive, ese mismo accidente de trabajo recrudecer o agravar la patología anterior. Ahora bien, referente a si se reportó o no se reportó a la ARL, quien estaba obligada directamente a reportar de manera oportuna ese accidente de trabajo a la ARL era la aquí demandada PROTECCIÓN S.A, no mi cliente, porque mi cliente se encontraba incapacitada a raíz y causa de ese accidente de trabajo, no lo reportó de manera oportuna la ARL de la cual si estaba obligada a reportar, lo reportaron extemporáneamente y a pesar, es decir, un mes posterior, el 16 de abril del 2015, y a pesar de los requerimientos de la ARL SURA, la cual estaba afiliada la demandante, que hizo el patrono en ese caso PROTECCIÓN S.A, que asumió una actitud negligente, no aportó la historia médica del accidente de trabajo, porque mi cliente si estaba incapacitada raíz y consecuencia de un accidente de trabajo, tal y como lo prueban las incapacidades médicas y la historia clínica que se allega y los requerimientos de transacción y nunca requirió a mi cliente que para que reportará de manare directa ella la historia clínica.

Ahora bien, esto respecto a la nulidad de transacción, cual fue la actitud que asumió la jefe, como lo dijo la representante de la apoderada, la doctora Garcés de PROTECCIÓN, mi cliente AMANDA debía responder a unos ítems, a unas cargas laborales, cumplimiento de unos objetivos en su calidad de vendedora, a causa de ellos, ellos son presionados, que hizo su jefe, presionarla por los resultados, esos testimonios, las pruebas testimoniales y documentales y los hechos de la demanda, mi cliente y las demás personas, a pesar de que Ingrid, esa prueba se borró no existe, ella si manifestó que eso tuvo conocimiento de esos tratos, y mi cliente así lo refiere, fue presionada, si bien ellas no tenía la incapacidad, el porcentaje, la calificación o no se aportó, en ese caso no le asiste razón a su señoría, en que sentido, si no se aportó, porque razón no se aportó, por la actitud negligente de PROTECCIÓN S.A, por la culpa, una culpa cual

es, negligencia, es el generador de la culpa, negligencia de PROTECCIÓN, en el seguimiento, primero interno, nunca investigó de manera internar que era lo que paso con la salud, cual fue el accidente de trabajo, de eso no se aportó prueba, igualmente no hizo ninguna diligencia ante la ARL, desconoció de manera absoluta los requerimientos que le hizo el ARL respecto al accidente de trabajo, entonces por lo tanto si hay una culpa patronal, de seguimiento, si no hubo esa calificación respecto a la discapacidad que viene en sus argumentaciones a la pérdida de capacidad laboral que bien en sus consideraciones tuvo su señoría en reconocer esa pérdida de capacidad laboral, no se pudo allegar esa prueba de pérdida de capacidad laboral que aun sufre mi cliente porque, por la negligencia, por la conducta negligente de la aquí demandada, en que no reportó de manera oportuna, ni allegó la historia clínica a la ARL SURA, como era su obligación, la obligación aquí de hacer el seguimiento de aportar las pruebas y era de la demandada, de la aquí demandada PROTECCIÓN, no de mi cliente. ARL incumplió con una conducta negligente en esa valoración, esa valoración no se hizo a causa y consecuencia de la conducta negligente de PROTECCIÓN S.A, no de mi cliente. Por lo tanto, esa pérdida de capacidad laboral no se pudo probar.

Ahora bien, referente a que aun existiendo la pérdida de capacidad laboral y las consideraciones, la nulidad se puede dar por cierta, en el sentido que es un derecho que le asiste al trabajador como su señoría lo señaló, señalando, lo indicó, señalando una jurisprudencias de la Corte Suprema, Corte Suprema de Justicia sala laboral, también es cierto que esa esa pérdida de capacidad laboral era notoria y evidente en el momento en que se firmó esa transacción, si, y aun así mi cliente fue obligada a firmarla, y no fue de mutuo consentimiento, porque si bien dice que nosotros somos los mismos que aportamos, si, ese documento en que se allega, en que se hace la solicitud de dar por terminado el contrato de trabajo por mutuo acuerdo y todo eso, también es cierto que en los hechos de la demanda y en las pruebas recaudadas se demuestra, y en las pruebas testimoniales que esa esa, ese documento fue redactado y así lo reconoció la doctora Garcés, que esos documentos se hicieron en las instalaciones de PROTECCIÓN S.A, mi cliente como se dice en los hechos de la demanda, que está desconociendo su señoría, en el sentido en que mi cliente si efectivamente fue presionada para presentar la solicitud de ese acuerdo, para firmar la transacción, y para dar por terminado el contrato de trabajo, en qué sentido, en que si hubo ese acoso laboral y así lo relato Ingrid la testigo que al final se desistió de su testimonio inicial si dejo claro que hubo esa presión indebida, a pesar que se hayan perdido los audios, y hoy por cuestiones laborales y estar en otro país no se pudo probar, pero si existió esa presión laboral indebida, y así lo manifiesta, porque se firmó, por el poder predominante del empleador que tiene hacia el trabajador, lo firma le sirve o no le sirve, eso fue lo que sucedió, entonces que paso acá, que mi cliente ante esa presión indebida, ante ese acoso laboral ante esos tratos denigrantes, inútil y todo que lo prueban las incapacidades médicas, como lo indicó la doctora Garcés ello los empleados respondían por resultados, no por tal hechos, y las incapacidades médicas si obran y mi cliente fue presionada para llegar a esos acuerdos laborales, ella no tenía conocimiento, ni la capacidad intelectual para redactar esos tipos de documentos. Ahora bien, obsérvese que en examen médico de ingreso es posterior a la firma de esos, de la firma de la transacción y ese documento debe tenerse en cuenta, porque en el documento de ingreso, se indica que mi cliente padece una patología, cual es esa patología, esa patología no es otra que accidente laboral, entonces si bien aquí si hay lugar a la pérdida, a la declaración de nulidad de la transacción, como quiera que si está probado, de acuerdo a las pruebas documentales, cual es la prueba documental, el mismo documento de acuerdo que se manifiesta de manera expresa, no fue firmado por mi cliente, fue hecho y redactado bajo presión en las misma instalaciones de PROTECCION S.A, este hecho no fue desvirtuado, este hecho no fue desvirtuado con ningún documento, más es así que la doctora Garcés que si que esos documentos de la reliquidación fueron firmado y hechos allá, no fueron redactados por mi cliente, ni están en letra de mi cliente, fueron obligados a firmar, cosa muy diferente que decir que se presentaron con puño y letra o con la redacción de mi cliente, esos fueron obligados a firmar. Entonces si da lugar a la declaratoria de la nulidad de la transacción porque mi cliente fue obligada a firmar un acuerdo de transacción por acoso laboral. Aunque no exista esa denuncia de acoso laboral, no existe por las mismas presiones, que se manifiesta la demanda que fueron sometida mi cliente a esas tratos denigrantes, humillantes, que ella lo último dijo yo prefiero llegar a ese acuerdo que seguir a esos tratos tan humillantes, tan degradantes y todo, esa es la prueba por la que tampoco se denunció el acoso laboral, esa presión indebida a mi cliente como lo narran los testigos, le tocaba llorar como lo narró Ingrid, le tocaba llorar y todo para decir todo eso. Que los otros testigos si narran.

Ahora bien, que sobre la ocurrencia del trabajo no hay testigos, los desplazamientos de un lugar a otro, se encuentran que tenga que realizar el trabajador, se tienen en cuenta como parte integral de las actividades propias que realizan el trabajador en la ejecución de sus actividades dentro del horario de trabajo, de las que no se necesitan testigos para decir si fue a causa o consecuencia de un accidente de trabajo o el accidente de trabajo ocurrió en una vía pública cuando mi cliente se desplazaba, basta esa narración y la

comprobación, y donde se determina en la constancia médica que ella el día del accidente si acudía al sitio médico, y narró el accidente de trabajo, y hay está escrito y la trascripción se hizo tal como dice la correspondiente incapacidad médica, y como se dice si se probó el accidente de trabajo como, con la respectiva aporte de la incapacidad médica, la incapacidad médica le dio 30 días para ausentarse del trabajo, y en esa incapacidad médica que se llegó se narra que esa incapacidad es a consecuencia y causa de un accidente de trabajo.

Ahora bien, referente a la culpa patronal aquí si hay culpa patronal, y disiento de las consideraciones de su señoría en cuanto al accidente de trabajo, vuelvo y digo cual es la culpa patronal, cual es el generador de esa culpa, esa culpa patronal se origina en la conducta negligente de la aquí demandada PROTECCIÓN S.A, cual es la conducta negligente, que mi cliente el 16 de marzo de 2015, sufre un accidente de trabajo, aporte la correspondiente historia clínica y el diagnóstico médico que es concreto y se especifica porque la señora acude a la consulta médica, independientemente a que haya padecido una patología médica en ese mismo pie, eso no desvirtúa ese accidente de trabajo. Pudo haber sido en la pierna izquierda o derecha, pero sigue la ocurrencia del hecho cierto que es, que ese día se accidentó, que independientemente de la lesión haya sido causada en el mismo sitio, que padecía una patología anterior, no se desvirtúa el accidente de trabajo, por ese mismo hecho, como lo quiere hacer ver la apoderada de PROTECCIÓN S.A. si lamentablemente si ocurrió en el mismo sitio, y a causa de esa patología mi clienta aún se encuentra incapacitada y enferma, y discapacitada médica, que no hubo una valoración médica, igual doctora no hubo una calificación médica que le determine esa calificación de pérdida de capacidad laboral, no es porque mi cliente no haya aportado la prueba, no hay porque mi cliente haya sido negligente, el aporte de eso, de esa prueba o de ese dictamen o de ese diagnóstico, no, la conducta negligente del no aporte de esa pérdida de capacidad laboral a la conducta negligente de PROTECCIÓN S.A, porque que hizo a partir del 16 de marzo de 2015, no investigó, no aportó donde está la investigación interna que haya realizado PROTECCIÓN S.A a causa y consecuencia de la accidente de trabajo, nunca aportó que se haya hecho investigación, y es que en el interrogatorio que se le hizo a la doctora Garcés en su condición de empelada de v, nunca manifestó que se hubiera hecho investigación, dijo de manera excluyente que posiblemente o quizás si se pudo haber hecho esa investigación, pero nunca había dicho que se hizo esto, esto se hizo o se hicieron estas actividades de prevención, nunca se hizo.

Ahora bien, eso es una conducta negligente, nunca investigó porque estaba incapacitada, porque las incapacidades de su cliente, de su empleada LEYDER AMANDA, es que LEYDER AMANDA no estuvo incapacitada 30 días como bien lo narró la apoderada de PROTECCIÓN S.A, en ese año 2015 estuvo incapacitada más de 3 o 4 veces, trabajo 3, 4 meses. Ahora bien, cuando reportaron PROTECCIÓN S.A si hay pruebas de que reportó un accidente de trabajo de manera extemporánea el 16 de abril de 2015, a la ARL, la ARL SURA lo requirió, nunca aportaron los requerimientos y las pruebas que le hizo ARL SURA, de allí que mi cliente nunca determinó su pérdida de capacidad, entonces aquí si hay una conducta negligente, una culpa patronal y debe ser condenada por ese hecho, porque la conducta negligente del ARL PROTECCIÓN S.A, de no responder por más, nunca lo respondió, porque aquí nunca llego prueba que efectivamente le hizo un seguimiento interno o a través del ARL del accidente de trabajo de mi cliente, no lo hizo, si hay una conducta patronal y esa conducta patronal se evidencia en la conducta negligente, donde están las respuestas oportunas que PROTECCIÓN S.A ante la ARL SURA, no las hay, tan es así que ARL SURA respondió que nunca después de 15 o 20 días se archiva el caso y ese caso lo archivaron, a causa y consecuencia en perjuicio de la salud y del trabajo de LEYDER AMANDA, y perjuicio, que hizo cual fue la actitud, en vez de a causa de esa conducta negligente, tomo asumió una conducta peyorativa, denigrante contra mi cliente, en vez de colaborarle, de decirle vamos a solucionar, vamos a, como empleador vamos a solucionar ante el ARL, cual fue la conducta que asumió PROTECCIÓN S.A que si se prueba, a través de los testimonios, de los testigos, los testigos son claros, porque ellos testigos que ella acude son testigos donde ella realizaba sus actividades de trabajo, en manifestar que ella acudía, que su discapacidad laboral era notoria y evidente, andaba con un bastón, coja, con un esguince y así lo prueba sus historia clínica.

La historia clínica dice que si hubo un accidente de trabajo, incapacidades laborales a causa y consecuencia de ese accidente de trabajo que su señoría en este caso está desconociendo, si se aportó y en la prueba clínica lo hice, la respuestas de la ARL, lo hice, que si hubo un accidente de trabajo, ese accidente de trabajo si está probado de manera documental y de amanera pericial, y a través de los testimonios, de los testimonios de las señora que declararon en el sentido que les consta que doña AMANDA acudía a su sitio laboral, al trabajo con llanto, con del dolor.

Considero que si hay, esas son mis consideraciones que si hay, que si se allegaron las pruebas del accidente del trabajo y están documentadas, primero en la historia clínica, en las incapacidades médicas que sufrió mi cliente durante todo el año 2015, no las anteriores, sino las incapacidades médicas generadas a partir del 16 de marzo de 2015, que son las que prueban que si hubo un accidente de trabajo, que si hubo una lesión, que mi cliente se vio afectada en su salud y en su capacidad laboral, tan es así que le daban incapacidades médicas, porque no podían trabajar, porque su actividad laboral implicaba el desplazamiento de un lugar a otro, en su horario de trabajo, ese hecho no se puede desconocer, ni tampoco se le puede como pretende su señoría exigirle testigos del accidente de trabajo, basta con la manifestación que ella hace de que ese accidente de trabajo ocurrió, durante el cumplimiento de su horario laboral, que era de las 7 de la mañana a 5 de la tarde, vía pública, no necesita testigos presenciales ni documentales, basta que ella ese mismo día del accidente del trabajo acudió a atención médica y obra en autos, obra prueba que si acudió y reportó el accidente de trabajo, lo reporto como, con el aporte del informe médico, las formulas médicas y la correspondiente incapacidad, como se prueba eso, esas incapacidades médicas fueron pagadas por PROTECCIÓN S.A. uno no se puede ausentar durante 30 días inicialmente, que fue la incapacidad, de su trabajo sin que haya una causa justa, cual fue la causa justa para que LEYDER AMANDA se ausentara 30 días a partir del 16 de marzo de 2015 la incapacidad médica a causa de su accidente de trabajo en horario laboral.

Que la patología haya sido en el mismo sitio en el cual tenía un esguince anterior, no por eso, vuelvo y reitero se puede desconocer el accidente de trabajo. Verbi gracia, pongo este ejemplo respetuosamente, un jugador de futbol en el desempeño de sus actividades puede padecer una patología médica anterior al partido, en el partido de futbol se lesiona o sufre una contracción, una mucho más fuerte a la patología que padecía anteriormente, eso es un accidente de trabajo, independientemente, que anteriormente haya padecido una patología, este es el caso de LEYDER AMANDA, LEYDER AMANDA, si sufrió un accidente de trabajo, el 16 de, y a consecuencia de ese accidente de trabajo sufrió lesiones graves en su pie izquierdo, en su tobillo izquierdo de las cuales padece actualmente, y a consecuencia de esas patologías fueron, fue obligada a firmar un contrato de transacción anómalo, si, a pesar de que hay diga que si se presentaron y nosotros como parte demandante lo aportamos para que, para evidenciar que efectivamente ella fue presionada, a firmar y redactar, ella no redactó nunca esos documentos, ni ese hecho fue desvirtuado, tan es así que si hiciéramos una prueba técnica podríamos determinar que todos los documentos fueron hechos y redactado y tramitados y procesados en los mismos computadores y elementos técnicos de PROTECCIÓN S.A, si procediéramos a hacer eso.

Por eso disiento de todas y cada una de las consideraciones de su señoría, de manera respetuosa aclaro respecto de no declarar la nulidad de la transacción, porque la prueba si existe en auto que nosotros, que la incapacidad laboral, que no hay perdida de la capacidad laboral no hay pérdida como ya se dijo, por la conducta negligente de PROTECCIÓN S.A, de la demandada PROTECCIÓN S.A, de permitir que mi cliente fuera valorada y tramitada todo el accidente de trabajo, como debe ser ante el ARL SURA S.A, he la conducta negligente, que si bien aún con pérdida de la capacidad laboral ella podría haber firmado esa transacción como se evidencia, esa transacción si hubo esos medios coercitivos, y esos medios coercitivos no fueron otro que la presión indebida que ejercicio su jefe inmediato para el cumplimiento de sus objetivos, tal y como lo afirmó la doctora Garcés, ellos debían responder a sus objetivos, y es de conocimiento que los vendedores si tiene que responder y son objeto de presiones y más de este caso. Ahora bien, respecto a la culpa patronal, doctora, respetuosamente si hay culpa patronal y esa culpa patronal es que

***Juez (1:39:44):** Doctor que pena, le voy a solicitar que concrete sus argumentos, toda vez que ha repetido muchas veces lo mismo. Por favor, ya lleva más de 20 minutos en su recurso.*

***Apoderado demandante (1:39:56):** Gracias su señoría, bueno concreto. En mis argumentos, respecto a la nulidad de transacción concreto que si se allegó, y obra en autos la existencia de la prueba de la incapacidad, del accidente de trabajo, que no es otra que la incapacidad inicial y el diagnóstico médico inicial por 30 días y el pago de esas correspondientes incapacidades médicas, y que a consecuencia de esas incapacidades médicas mi cliente fue objeto de presiones indebidas y tratos peyorativos, al firma esa transacción y que todos esos documentos que se aportaron inclusive por parte de la aquí parte demandante fueron redactados y hechos por PROTECCIÓN S.A, si existe esa prueba.*

(*Audiencia Virtual de trámite y juzgamiento, Art. 80 del C.P.T y la S.S., archivo 21, récord: 1:07:44*).

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, las pretensiones relacionadas en el correspondiente acápite de la subsanación de la demanda *(archivo 001.11001310502620180065300, páginas 193 y 194, expediente digital)*, las cuales se fundan en los hechos relatados en el libelo (fls 188 a 193 ibídem) aspirando se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 8 de abril de 1997 y el 30 de diciembre de 2015, se declare que la demandante sufrió un accidente de trabajo y goza de la protección de la ley 361 de 1997; se declare la nulidad de la transacción celebrada por las partes el 30 de diciembre de 2015; como consecuencia, se condene a la demandada reintegrarla al cargo en que se encontraba al momento de firmar la

---

Ahora respecto a la culpa patronal, respecto al accidente de trabajo si existe culpa patronal, porque cuando se evidenció y se informó de manera oportuna el accidente de trabajo de mi cliente, que como ya se advierte es la incapacidad inicial médica y el diagnostico médico y la historia médica así lo transcribe y las pruebas de requerimientos del ARL SURA respecto al accidente que si reportó de manera extemporánea patronal, si hay una culpa patronal, generador de esa culpa patronal es la negligencia médica, la negligencia de PROTECCIÓN S.A, en hacer seguimiento a ese accidente de trabajo, de manera interna nunca existió una investigación, para existir las causas y consecuencias de ese accidente de trabajo, nunca lo hizo y la demandante no lo aportó a esa investigación.

Ahora bien, referente al requerimiento que le hizo ARL SURA, porque téngase en cuenta que PROTECCIÓN S.A, si reportó el accidente de trabajo de manera extemporánea, y eso obra prueba documental y testimonial que ellos reportaron el accidente de trabajo de manera oportuna y nunca le dieron respuesta a ARL SURA, nunca se pudo establecer la pérdida de capacidad laboral de mi cliente respecto de su capacidad laboral, si, entonces si hay un generador de la culpa patronal y ese generador de la culpa patronal es la negligencia, en el seguimiento, una conducta negligente asumida por PROTECCIÓN S.A en el seguimiento del accidente de trabajo que fue reportado de manera oportuna de mi cliente como ahora en auto, ese accidente de trabajo si fue oportuno y así lo determina la historia médica. Ahora bien, esa negligencia médica fue en perjuicio, causa y consecuencia de los intereses laborales y económicos de mi cliente, que aquí se reclama, por lo tanto, dejo en estos términos sustentado el presente recurso de apelación ante la sala laboral de la honorable Corte, del Tribunal Superior de Bogotá sala laboral.

transacción, con el consecuente pago de los salarios y prestaciones causados hasta cuando se haga efectivo el reintegro; la indemnización por despido injusto, la indemnización consagrada en la ley 361 de 1997, la reliquidación de sus prestaciones, el pago de las vacaciones del año 2015 y la indexación; también se condene a la demandada al pago de perjuicios materiales, morales, fisiológicos y costas procesales.

Obtuvo sentencia de primer grado totalmente desfavorable a sus aspiraciones por cuanto la juez a quo absolvió a la sociedad demandada de todas las pretensiones de la demanda. Para arribar a esa conclusión consideró que en el presente caso la sociedad demandada no dio por terminado el contrato de trabajo a la demandante, sino que las partes llegaron a un mutuo acuerdo en ese sentido; la demandante no acreditó que gozara de estabilidad laboral reforzada, no se acreditó que la demandante padezca de una discapacidad superior al 15%, ni que estuviera haciendo un seguimiento médico a su dolencia; que aún si la trabajadora fuera sujeto de protección conforme la ley 361 de 1997, las partes si podían celebrar una transacción; recordó que la misma demandante fue quien solicitó que se llegara a dicho acuerdo transaccional y tampoco se acreditó ningún vicio en el consentimiento en la suscripción del acuerdo, en tanto no demostró la ocurrencia de las prácticas de acoso laboral a que hizo referencia en la demanda y de las pruebas testimoniales tampoco se colige alguna discriminación respecto a la convocante.

En relación con la culpa patronal en el accidente de trabajo que se relató en la demanda, dio cuenta que el suceso fue reportado a la ARL en forma extemporánea y no se demostró que la trabajadora hubiera reportado del mismo a su empleador; de la historia clínica extrajo que la demandante había presentado dolencia en su pie izquierdo un año antes del supuesto accidente; tampoco se demostró la asistencia a una consulta médica el día de los hechos, la que solo se verificó un mes después del accidente que afirma haber sufrido.

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, advierte la Sala no es objeto de controversia en esta instancia, la existencia entre las partes de un contrato de trabajo indefinido que se verificó entre el 8 de abril de 1997 y el 30 de diciembre de 2015, aspectos que fueron aceptados por la propia encartada desde la contestación de la demanda y consta también en el la certificación laboral expedida por Protección S.A. *(archivo 001.11001310502620180065300, página 248, expediente digital)*.

Ahora bien, conforme los argumentos de la alzada, insiste la parte actora, en que se declare que la desvinculación laboral de la demandante se torna ilegal, por haber sido presionada a suscribir la transacción, y porque en el momento de dicha suscripción se encontraba cobijada por la estabilidad laboral reforzada, en razón de los padecimientos de salud que la aquejan.

De tal manera, se advierte que efectivamente la terminación del contrato de trabajo, obedeció al acuerdo transaccional celebrado por las partes el 30 de diciembre de 2015 *(archivo 001.11001310502620180065300, páginas 85 y 86, expediente digital)*, que en su parte pertinente señala:

> *"3. las partes acuerdan mediante el presente acuerdo transaccional, previa solicitud de la transante, dar por terminado el contrato de trabajo a término indefinido celebrado entre las partes, al finalizar la jornada laboral del 30 de diciembre de 2015, de conformidad con lo establecido en el artículo 61, literal b) del Código Laboral Colombiano, subrogado por el artículo 5 de la ley 50 de 1990, que establece como causal de terminación del contrato de trabajo el mutuo consentimiento.*
>
> *4. La señora LEYDER AMANDA ROJAS MAHECHA, manifiesta libre de cualquier apremio y voluntariamente, que PROTECCION S.A. canceló conforme a la ley y a lo convenido entre las partes, la totalidad de salarios, aportes al sistema de seguridad social en pensiones, salud y riesgos laborales, y demás beneficios legales y extralegales a que tenía derecho; todo lo cual fe recibido a entera satisfacción por la señora LEYDER AMANDA ROJAS MAHECHA.*
>
> *5. Sin perjuicio de lo anterior y con el fin de precaver cualquier reclamación futura por derechos que puedan ser discutibles, PROTECCION S.A. ofrece pagarle y el EMPLEADO acepta recibir, una suma de dinero a fin de transar cualquier derecho incierto que a futuro pueda ser reclamado judicialmente, especialmente en cuanto al desarrollo y terminación de la relación de trabajo y a la naturaleza de los pagos recibidos por el trabajador, los pagos realizados y la forma de terminación del contrato. Así, las partes de manera libre y voluntaria, han decidido transar esas posibles diferencias, por todo derecho incierto y discutible, en la suma transaccional de $36'649.929, la cual será imputable a cualquier posible acreencia laboral que resulte deber PROTECCION S.A. al EMPLEADO"*

En esa orientación, debe decirse, no existe prohibición legal alguna para que sea una u otra la parte que tome la iniciativa de proponer a la otra la posibilidad de ultimar el contrato de mutuo acuerdo, a cambio de algunos beneficios extralegales, por el contrario, dicha práctica no se ha mostrado ilegal e incluso ha aparecido como conveniente en algunos casos con el fin de propiciar la terminación contractual dentro de un ambiente de armonía y entendimiento.

Así lo reiteró la Sala Laboral de la H. C.S.J. en fallo calendado 04 de mayo de 2010, Radicación N° 38679[2] y más recientemente en la Sentencia SL 557,

---

[2] *"Al margen de lo anterior, es pertinente agregar, que la decisión de poner fin a la relación laboral por mutuo consentimiento, puede provenir bien sea del empleador o del trabajador, así se enseña en casación del 3 de mayo de 2005 radicación 23381, reiterada en decisiones del 14 de julio de igual año y 1° de junio de 2006 con radicados 25499 y 26830, y más recientemente en sentencia del 23 de julio de 2009 radicación 34626, en donde la Corte puntualizó:*

"(...) Recientemente se pronunció la Sala sobre la validez de los acuerdos conciliatorios y más concretamente, con respecto a los celebrados por el BCH, en las mismas circunstancias que alega ahora el recurrente, en donde se dijo lo siguiente:

<Así mismo, se tiene que en los ordenamientos legales que rigen en el país, para los trabajadores particulares y oficiales, se establece como modos de terminación de los contratos de trabajo el mutuo consentimiento, sin que en los mismos se consagre restricción alguna a esta facultad de las partes (artículo 61 del C. S. del T. y 47 del Decreto 2147 de 1945). Es evidente entonces que la decisión de poner fin a la relación laboral de mutuo consenso ***puede provenir bien sea del empleador o del trabajador****, no importando la causa que la motive puesto que la única exigencia de esa potestad de las partes es la relativa a que su consentimiento no esté viciado por el error, fuerza o dolo.*

"Es un axioma que la propuesta que hace una de las partes a la otra de poner fin al contrato de trabajo obedece normalmente a una manera pacífica y normal de terminarlo por mutuo acuerdo, siendo de usual ocurrencia que medie un ofrecimiento económico del empleador cuando la iniciativa es suya, como tuvo lugar este caso.

"No demuestra, por tanto, la acusación que el sentenciador de segundo grado se haya equivocado al concluir que la conciliación que suscribieron las demandantes para finalizar su relación laboral con el banco no fuera libre y voluntaria, de manera que en estas condiciones no se da el supuesto de la disposición extralegal que contempla la pensión reclamada por las demandantes, para que se consolidara en cabeza de ellas tal derecho, esto es, el de haber sido retiradas por causas independientes a su voluntad, no obstante que observaron buena conducta. En estas condiciones no aparecen erradas las apreciaciones de la decisión recurrida en cuanto a que las accionantes solamente tuvieron una mera expectativa> (Sentencia 19 de abril de 2005 Rad. 23292)".

Radicación No. 42266 del 14 de agosto de 2013 en la que reitero que: *"…el mutuo consentimiento de dar por terminado el contrato de trabajo no "…exige esencialmente que la gratuidad sea el móvil determinante para uno o para ambos contratantes cuando quieran de consuno fenecer el contrato de trabajo. Bien puede una de las partes ofrecer a la otra una compensación en dinero o en especie para que acepte resciliar el contrato, sin que esa oferta pueda calificarse por sí misma como una forma de coacción o de violencia ejercida sobre la contraparte".* Y agregó en esa oportunidad, que si *"…los ex trabajadores decidieron celebrar el acuerdo conciliatorio puesto en entredicho a cambio de los beneficios ofrecidos por el empleador, bien podía el ad quem encontrar el citado acuerdo plenamente válido. Aquella manifestación expresa de uno de los contratantes de aceptar lo ofrecido por su contraparte no puede calificarse como intrínsecamente inválida, puesto que no cabe olvidar tampoco que el error, la fuerza o el dolo no se presumen sino que deben demostrarse plenamente por quien alegue haberlos padecido."*[3], postura que fue reiterada por la Sala Laboral de la Corte Suprema en decisión del 24 de mayo de 2021, con radicación 82689.

Y la verdad es, que nada impide que los empleadores promuevan planes de retiro compensado, lo cual no puede calificarse como inválido, tal y como lo recordó esta Corporación en sentencia del 4 de abril de 2006 radicación 26071, al expresar:

"(…) No sobra recordar lo que de antaño y de manera pacífica ha enseñado la Corte en el sentido de que no existe prohibición alguna que impida a los empleadores promover planes de retiro compensados, ni ofrecer a sus trabajadores sumas de dinero a título bonificación, por ejemplo por reestructuración, sin que ello, por sí solo, constituya un mecanismo de coacción, pues tales propuestas son legítimas en la medida en que el trabajador está en libertad de aceptarlas o rechazarlas, e incluso formularle al patrono ofertas distintas, que de igual manera pueden ser aprobadas o desestimadas por éste, por lo que no es dable calificar ni unas ni otras de presiones indebidas por parte de quien las expresa, pues debe entenderse que dichas ofertas son un medio idóneo, legal y muchas veces conveniente de rescindir los contratos de trabajo y zanjar las diferencias que puedan presentarse en el desarrollo de las relaciones de trabajo".

[3] *"Por tanto, se reitera, no se equivocó el ad quem al concluir que la voluntad de los demandantes no estuvo viciada por error, fuerza o dolo, dado que del texto de cada uno de los actos en cuestión no sale a relucir vicio de consentimiento alguno. El censor persigue, infructuosamente, derribar la premisa de que los contratos de trabajo de los actores finalizaron por mutuo consentimiento según lo registrado en las actas, sobre la base de conjeturas posibles elaboradas con base en las documentales señaladas como mal apreciadas, pero que, por ser solo posibles conjeturas, no alcanzan a derribar las inferencias extraídas de las actas de conciliación donde se dejó constancia de la voluntad de las partes de dar por terminado el contrato de trabajo por mutuo acuerdo.*

(…)

Para la Corte, si el acuerdo de terminación del contrato elevado a conciliación estuvo motivado en el ofrecimiento de sumas de dinero y otros beneficios de parte de la empresa, no significa que

Pues bien, insiste el apoderado recurrente, en que se valore la prueba testimonial, advirtiendo esta Sala, efectivamente se recibieron como prueba testimonial las manifestaciones de Luz Marina Beltrán Escobar[4] y Anail Chacón Pardo[5], quienes afirmaron haber conocido a la demandante, la primera fue compañera de trabajo de la demandante, quien le contó que se había torcido un pie, la vio con el pie inflamado pero no le consta nada en relación con el accidente porque no estuvo presente en el momento de los hechos. La segunda testigo trabaja en ALKOSTO y conoció a la demandante porque iba a esa empresa a hacer asesorías a nombre de Protección S.A., sabe que la demandante sufrió un accidente en un pie porque la misma actora se lo contó y la veía ir con bastón a trabajar. Veía que la demandante recibía llamadas de su jefe por temas relativos a cumplimiento de metas; la actora le decía que por eso se sentía muy presionada y a veces la veía llorar.

Al respecto, la prueba testimonial no ofrece ninguna información relativa a las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la firma del contrato de transacción celebrado por las partes limitándose únicamente a señalar que no presenciaron de forma directa las circunstancias en que ocurrió el infortunio donde la demandante se lastimó un pie y su conocimiento deviene de la información que la misma demandante les suministraba; tampoco dieron cuenta

---

los trabajadores accedieron a la terminación del contrato de trabajo de manera forzada como lo quiere hacer ver el censor.

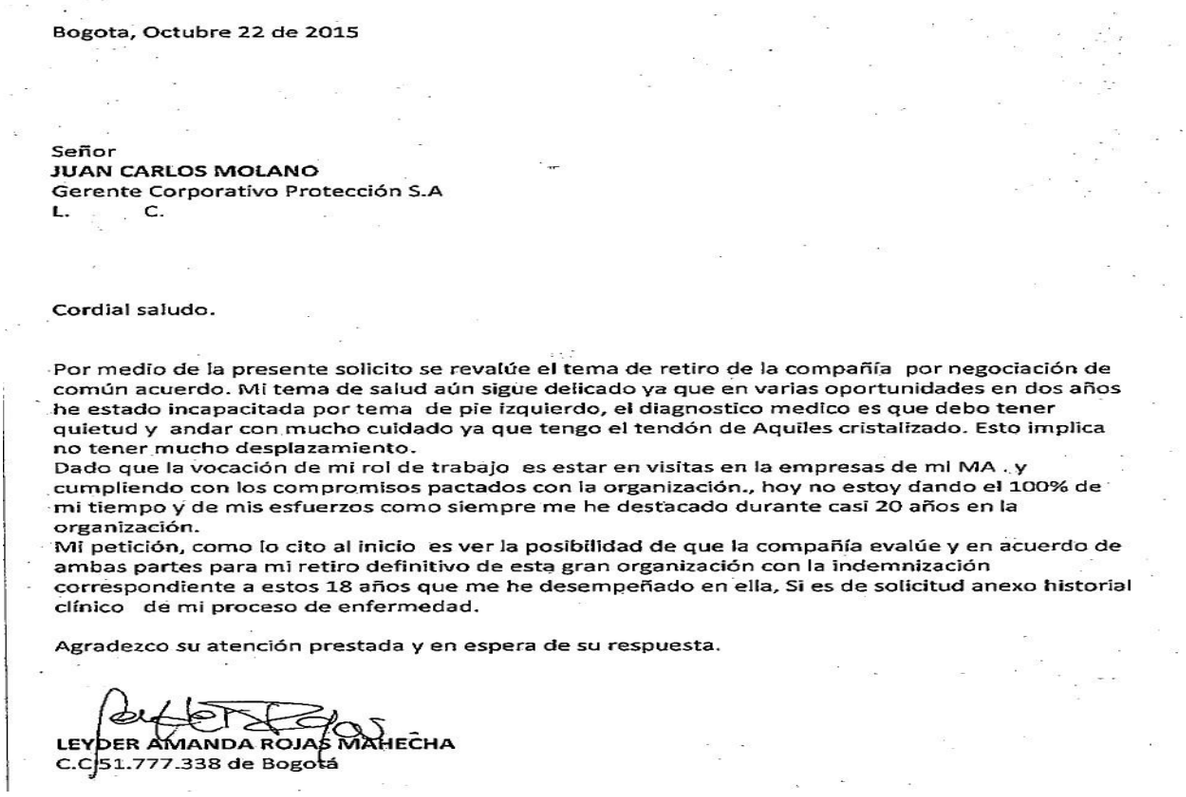
Es criterio pacífico en la jurisprudencia laboral que el mutuo consentimiento de dar por terminado el contrato de trabajo no "…exige esencialmente que la gratuidad sea el móvil determinante para uno o para ambos contratantes cuando quieran de consuno fenecer el contrato de trabajo. Bien puede una de las partes ofrecer a la otra una compensación en dinero o en especie para que acepte resciliar el contrato, sin que esa oferta pueda calificarse por sí misma como una forma de coacción o de violencia ejercida sobre la contraparte".

Ninguna de las pruebas acusadas por el censor dan la certeza de que los actores sufrieron actos de coacción que lo pusieran en la única situación posible de aceptar el ofrecimiento de la empresa, por lo que si los extrabajadores decidieron celebrar el acuerdo conciliatorio puesto en entredicho a cambio de los beneficios ofrecidos por el empleador, bien podía el ad quem encontrar el citado acuerdo plenamente válido. "Aquella manifestación expresa de uno de los contratantes de aceptar lo ofrecido por su contraparte no puede calificarse como intrínsecamente inválida, puesto que no cabe olvidar tampoco que el error, la fuerza o el dolo no se presumen sino que deben demostrarse plenamente por quien alegue haberlos padecido." (Sentencia 8415 de 21 de junio de 1982. Sala de Casación Laboral). (Subrayado fuera de texto)

[4] Audiencia del 22 de noviembre de 2021, record: 06:37
[5] Cd.fol. 185, record: 53:30

de las razones por las cuales la señora Rojas Mahecha dejó de prestar sus servicios a la demandada.

Sin embargo, en relación con este aspecto, la sociedad convocada aportó documento en el que consta que fue la convocante quien por iniciativa propia solicitó a Protección S.A. se analizara la posibilidad de llegar a un acuerdo para su desvinculación *(archivo 001.11001310502620180065300, página 248expediente digital)*, en los siguientes términos:



Bogota, Octubre 22 de 2015

Señor
JUAN CARLOS MOLANO
Gerente Corporativo Protección S.A
L. C.

Cordial saludo.

Por medio de la presente solicito se revalúe el tema de retiro de la compañía por negociación de común acuerdo. Mi tema de salud aún sigue delicado ya que en varias oportunidades en dos años he estado incapacitada por tema de pie izquierdo, el diagnostico medico es que debo tener quietud y andar con mucho cuidado ya que tengo el tendón de Aquiles cristalizado. Esto implica no tener mucho desplazamiento.
Dado que la vocación de mi rol de trabajo es estar en visitas en la empresas de mi MA . y cumpliendo con los compromisos pactados con la organización., hoy no estoy dando el 100% de mi tiempo y de mis esfuerzos como siempre me he destacado durante casi 20 años en la organización.
Mi petición, como lo cito al inicio es ver la posibilidad de que la compañía evalúe y en acuerdo de ambas partes para mi retiro definitivo de esta gran organización con la indemnización correspondiente a estos 18 años que me he desempeñado en ella, Si es de solicitud anexo historial clínico de mi proceso de enfermedad.

Agradezco su atención prestada y en espera de su respuesta.

LEYDER AMANDA ROJAS MAHECHA
C.C. 51.777.338 de Bogotá

De tal suerte, la libre apreciación de la prueba que consagra el artículo 61 del C. P. del T. y de la S.S., le permite colegir a esta Sala que dentro de las diligencias no existe material probatorio en orden a estimar que la actora estuviera afectada de algún vicio en el consentimiento, a voces de lo normado en el artículo 1502 del C.C., que la condujera a aceptar el ofrecimiento derivado de su petición y a suscribir el acta de transacción contentiva del mutuo acuerdo, sin que tampoco a lo largo del debate se percibiera que la demandante tuviese afectada su voluntad, de fuerza generada por su empleador o por factores externos, en los términos del artículo 1513 del C.C.

En el mismo sentido, tampoco existe prueba que conduzca a estimar que la accionada utilizó maniobras fraudulentas con la intención de engañar a la señora LEYDER AMANDA ROJAS MAHECHA, orientándola o induciéndola a suscribir el referido documento, pues el hecho de que la transacción estuviese previamente elaborada por parte de la demandada[6], no puede entenderse como una maniobra fraudulenta, ni se acredita la presencia de error en cuanto no se advierte que tuviese un falso concepto acerca de la actitud asumida al dar por terminado el contrato de trabajo, 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, como así se reitera en la jurisprudencia traída a colación, apreciándose que tanto la aceptación de la oferta efectuada por el empleador como el mutuo acuerdo suscrito, fueron manifestaciones de la voluntad de sujetos capaces, y, se insiste, libres de cualquier presión o vicio.

De otra parte, aduce el apoderado recurrente que la transacción carece de validez, en cuanto hubo desconocimiento de los derechos ciertos e indiscutibles de la demandante, específicamente, hace referencia a la estabilidad laboral reforzada de la actora, en virtud de lo previsto en la ley 361 de 1997 *"Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones"*, disposición que en su artículo 26, dispone: *"Ninguna **persona limitada** puede ser despedida o su contrato terminado **por razón** de su limitación, salvo que medie autorización del Ministerio del Trabajo",* conducta que conforme al inciso 2º de la citada norma, es sancionada con el pago de una indemnización equivalente a 180 días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.

Por su parte, mediante sentencia C-531 de 2000, la Corte Constitucional declaró exequible el inciso referido al pago de la indemnización *"bajo el supuesto de que (…) **carece de todo efecto jurídico** el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la*

[6] Téngase en cuenta en relación con el hecho de la elaboración previa por parte de la empresa de las actas de mutuo acuerdo, la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que ello *"…no deja sin valor ni efectos jurídicos el consentimiento puro y simple del actor expresado allí. Ni es tampoco una circunstancia inequívoca con la que se permita arribar a la conclusión de que el acuerdo estuvo viciado por error, fuerza o dolo"* (Sentencia Radicación N° 38706 del 16 de octubre de 2012).

oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato.", es decir, abrió la posibilidad de declaración de la ineficacia del despido o la terminación del contrato de un trabajador limitado.

Ahora, bajo los criterios jurídicos que sobre el particular han elaborado las jurisdicciones ordinaria y constitucional, para lograr la ineficacia del despido o la condena al pago de la indemnización, en el transcurso del debate procesal la parte demandante debe demostrar su limitación, mientras que a la parte demandada le corresponde eventualmente acreditar la autorización del Ministerio del Trabajo, o la justa causa del despido en el evento de invocarlo como motivo de terminación. Es importante precisar que para que opere esta garantía foral, no se trata de demostrar cualquier limitación o discapacidad, sino que aquella resulta *relevante,* esto es, que la misma reduce sustancialmente las posibilidades de obtener y conservar un empleo o progresar en este.

Así lo dejó sentando la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2841 de 2020, en la cual determinó:

> *"La Sala tiene explicado pacíficamente que e**l artículo 26 de la Ley 361 de 1997 protege a las personas «en condición de discapacidad»**, es decir que «solo aplica a quienes tengan una [discapacidad] física, psíquica o sensorial en los términos previstos en dicha normativa», **pero no, respecto de cualquier limitación o discapacidad, sino ante aquella que se considera relevante por reducir sustancialmente las posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en este**, siguiendo el contenido del art. 1 del C159 de la OIT (ver sentencia CSJ SL17945-2017). Por esta razón, en un principio, el ordenamiento jurídico optó por fijar los niveles de limitación moderada, severa y profunda (artículo 5 reglamentado por el artículo 7 del D. 2463 de 2001 vigente para la época del despido del actor), a partir del 15% de la pérdida de la capacidad laboral, con el fin de justificar la acción afirmativa en cuestión, a quienes clasifiquen en dichos niveles.*
>
> *Aquí, **la Sala aclara que prefiere usar el término discapacidad relevante para identificar al sujeto de la protección a la estabilidad laboral del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y no, el de invalidez que traen el C159 y las R. 99 y 168 de la OIT, para diferenciarlo del sujeto beneficiario de la pensión de invalidez que regula la normatividad de la seguridad social de origen interno.***
>
> *(….)*

> *Lo anterior implica que la protección de la estabilidad en el trabajo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997* ***está dirigida a la persona que tiene condiciones de salud reducidas para prestar el servicio personalmente, es decir, a aquella que tiene una discapacidad relevante y puede prestar el servicio en condiciones distintas del resto de la sociedad.*** *Dicho de otro modo, el precepto en cuestión busca proteger a las personas que, por la condición de discapacidad relevante, pueden encontrar barreras para acceder, permanecer o ascender en el empleo y que tales barreras pueden ser superadas por el empleador haciendo ajustes razonables. Según el art. 5 de la Ley 361 de 1997, reglamentado por el artículo 7 del D. 2463 de 2001, vigente para la época del despido del actor (se itera), esa discapacidad relevante se considera a partir del 15% de la pérdida de la capacidad laboral.*
>
> *(…)*
>
> *Conforme a lo anterior,* ***no le asiste razón al tribunal en cuanto sostiene que es suficiente la sola presencia de una debilidad manifiesta por motivos de salud****, para merecer la especial protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Con la interpretación del juez colegiado se rompe la justificación de tal medida excepcional, pues, con la ampliación indeterminada del grupo poblacional para el cual el legislador creó la acción afirmativa de la estabilidad laboral reforzada se afecta la proporcionalidad de la medida, con la vulneración de otros derechos fundamentales como el de libertad.*
>
> *En la sentencia CSJ SL 12998-2017, se recalcó en qué consiste la protección a la estabilidad y cuál es su justificación, para que no se desdibuje el propósito de la norma en comento al ser aplicada. El fin de la estabilidad laboral reforzada es asegurar la no discriminación en el empleo de quien puede prestar el servicio a pesar de su condición de discapacidad relevante y garantizar la adaptación y readaptación laboral de la persona. No se puede desviar su uso a fines distintos a los previstos en ella, como sucede cuando, a través de una interpretación sin rigor jurídico, se generaliza el campo de aplicación de la regla de estabilidad laboral reforzada como medio para satisfacer necesidades de protección propias de la seguridad social, cuya garantía ha de hacerse a través de otros mecanismos que sí sean idóneos, necesarios y proporcionados para ese fin, y que desarrollen los principios de la seguridad social como son la universalidad, la eficiencia, la progresividad, la solidaridad y sostenibilidad financiera, entre otros."*

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia SU 380 de 2021, precisó que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 ordena su aplicación no solo a las personas con una pérdida de capacidad laboral calificada como *moderada, severa o profunda,* por una autoridad competente, sino que se extiende a toda persona en condición de salud que impide o dificulta el normal ejercicio de sus funciones. En tal escenario, dice esa Corte, para definir la manera en que la situación de salud impacta el desempeño de las actividades laborales de la persona afectada, deben tenerse en cuenta aspectos como *"i) el examen médico de retiro; ii) las*

incapacidades médicas vigentes o previas al momento de terminación de la relación laboral, iii) los diagnósticos y tratamientos médicos ordenados a la persona afectada y iv) accidentes de trabajo como causa de incapacidades médicas o dictámenes de calificación de la pérdida de la capacidad laboral (PCL)"

En ese sentido, reposa en el expediente, formato de informe correspondiente a la evaluación médica de egreso, adelantada a la demandante el 4 de enero de 2016 *(archivo 001.11001310502620180065300, página 249, expediente digital)*, es decir, 5 días después de la terminación del contrato de trabajo (30 de diciembre de 2015), donde consta que para esa data la señora Leyder Amanda Rojas se encontraba en tratamiento de una patología ante su EPS, siendo la única recomendación de la profesional en salud ocupacional, la de *"continuar estudio y control de sus patologías".*

También obra en el expediente informe de accidente de trabajo de la demandante, que fue radicado ante la ARL SURA el 15 de abril de 2015 *(archivo 001.11001310502620180065300, páginas 241 y 2429, expediente digital)*, donde consta que la fecha del siniestro fue el 16 de marzo de 2015.

En el m ismo sentido, la ARL atendió requerimiento del juzgado de conocimiento *(archivo 001.11001310502620180065300, páginas 280 y 281, expediente digital)*, para que informara el trámite adelantado en virtud del citado accidente de trabajo, e indicara si efectuó pago dinerario por pérdida de capacidad laboral o alguna indemnización. En aquel documento, la ARL SURA señaló:

"Una vez revisado nuestro sistema de información, se evidencia que a la Sra. Rojas le figura expediente por evento ocurrido el 16 de marzo de 2015, por el cual no se radicaron incapacidades, dicho evento fue radicado extemporáneamente el 15 de abril/2015, el FURAT registra "la empleada se encontraba realizando su labor habitual de trabajo, visitaba una empresa y al terminar la visita a las 11:30 am se dirigía a visitar una nueva empresa; la calle del frente estaba destapada, pisó un hueco pequeño en falso con el pie izquierdo generando torcedura y fuerte dolor". El día 17 de abril/2015 ARL SURA solicitó a la empresa copia de la historia clínica correspondiente al día de la atención

inicial por dicho evento" En el mismo documento, la ARL refirió que no ha proferido calificación relativa al origen del evento.

Junto con la demanda se aportó historia clínica de la demandante *(archivo 001.11001310502620180065300, páginas 18 y ss., expediente digital)*, donde consta que la señora Rojas Mahecha consultó el 20 de abril de 2015 por un leve dolor en su tobillo izquierdo con motivo de hechos ocurridos el 16 de marzo de 2015 en vía pública; asimismo consta que el 07 de marzo de 2014 (fl. 20 ibídem), consultó por un edema en el pie izquierdo con motivo de un impase ocurrido en un bus; sin embargo, en la citada documental no obra constancia relativa a la expedición de incapacidades con motivo de su dolencia y particularmente no hay constancia relativa a que hubiera estado incapacitada para el 30 de diciembre de 2015, fecha en que las partes acordaron dar por terminado el contrato de trabajo que los unió.

En ese orden, advierte la Sala, que contrario a lo señalado por el apoderado recurrente, la actora para la fecha de la suscripción de la transacción, no se encontraba inmersa en la protección establecida en la referida ley 361 de 1997 y en esa dirección, claramente no hay lugar a la aplicación de la protección, por cuanto, como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia el vínculo laboral terminó por mutuo consentimiento entre las partes expresado en el acuerdo de transacción, adicionalmente, no existen medios de prueba tendientes a demostrar la ocurrencia del mentado accidente de trabajo, respecto al que como se anotó en precedencia, nada le consta a las testigos traídas al juicio, tampoco se encuentra que la convocante haya sido objeto de incapacidades recurrentes que permitieran colegir la disminución de la capacidad laboral o un estado de debilidad manifiesta; es más, como ya se anotó, no existe medio de prueba relativo a hubiera estado incapacitada para le época de suscripción del acuerdo, precisando que si bien existen unas recomendaciones expedidas por la médico ocupacional en el examen de egreso, las mismas son de carácter general, sin anotación alguna respecto a recomendaciones o restricciones ocupacionales *(archivo 001.11001310502620180065300, página 249, expediente digital)*.

Así las cosas, no encontrándose la demandante en un estado de debilidad manifiesta para la fecha de la suscripción de la transacción, no se vulneran de forma alguna los derechos de la demandante con la misma y tampoco se encontraba la traída a juicio obligada a solicitar permiso al Ministerio de Trabajo, para la suscripción de la transacción.

Es pertinente agregar, no son de recibo los argumentos del censor relativos a concurrencia de una culpa patronal, en tanto a voces del artículo 216 C.S.T., ésta se presenta ante la culpa del empleador en la ocurrencia del accidente o enfermedad profesional, aspectos que en forma alguna fueron acreditados en el devenir procesal. Y en cuanto a los argumentos del censor relativos a que el empleador no reportó oportunamente la ocurrencia del accidente de trabajo a la ARL SURA, debe señalarse, si bien en la demanda se señaló que el mismo tuvo lugar el 16 de marzo de 2015, no se aportó ningún medio de prueba relativo a que el día de los hechos o en los días siguientes, la trabajadora hubiera puesto en conocimiento de su empleador la ocurrencia del siniestro, por lo que mal podría endilgarse a la demandada, responsabilidad en el reporte extemporáneo del evento ante la ARL.

En virtud de lo anterior, existiendo un acuerdo transaccional plenamente válido y eficaz conforme se expuso anteriormente, el cual fue propiciado por la misma demandante, quien solicitó al empleador, se llegara a un acuerdo en este sentido, no sólo se permitió la terminación bilateral del vínculo contractual laboral existente entre las partes en litigio, sino que además se finiquitó cualquier tipo de controversia que se pudiere suscitar con ocasión de dicha relación de trabajo, por lo que se acompaña la decisión absolutoria impartida por la juez de primer grado.

De esta manera se agota la competencia de la Sala, por el estudio de los aspectos apelados por la parte actora, y habiéndose arribado las mismas conclusiones halladas por el Juez de primera instancia, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante.

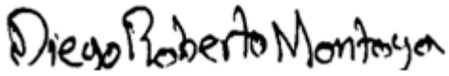
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

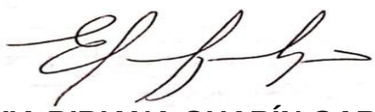
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



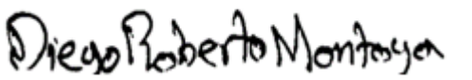
ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA



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 $600.000, 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 MILLAN

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR LUISA FERNANDA CARRILLO CONTRA ESTUDIOS E INVERSIONES MÉDICAS S.A. (RAD. 27 2019 00068).

Bogotá D.C. treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por el curador *ad litem* de la parte demandada mediante correo electrónico del 1° de febrero del 2022, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 13 numeral primero de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente,

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y demandada, contra la sentencia proferida por la Juez Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 3 de noviembre del 2021 *(Audio archivo 5 expediente digital, record: 25:18)*, en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** que entre la señora LUISA FERNANDA CARRILLO y la empresa ESTUDIOS E INVERSIONES MEDICAS S.A. ESIMED existió un contrato de trabajo entre el 23 de diciembre del 2015 al 24 de octubre del 2018, en el cual devengó como salario la suma de $1'890.000, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a ESTUDIOS E INVERSIONES MEDICAS S.A. ESIMED a pagar a la señora LUISA FERNANDA CARRILLO, las sumas de dinero por los siguientes conceptos:*
>
> - *Por concepto de salario la suma de $567.000.*
> - *Por concepto de cesantías la suma de $598.500*
> - *Por concepto de intereses a la cesantía la suma de $226.800*
> - *Por concepto de prima de servicios la suma de $598.500.*
> - *Por concepto de vacaciones la suma de $790.125, suma que deberá pagarse de manera indexada.*
> - *Por concepto de indemnización por no pago a las cesantías la suma de $226.800.*

- *Por concepto de indemnización por despido sin justa causa la suma de $4'203.360.*
- *Por concepto de indemnización moratoria se condena a pagar un día de salario equivalente a $63.000 por los primeros 24 meses esto es hasta el 24 de octubre del 2020 y a partir del mes 25 deberá pagar los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la superintendencia bancaria sobre las sumas adeudadas por salarios y prestaciones sociales.*

Conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

***TERCERO: SE CONDENARÁ** a la empresa demandada a pagar el aporte a pensión de la demandante a la AFP PROTECCION o la que se encuentre actualmente afiliada la demandante correspondiente a los ciclos de agosto, septiembre y octubre del 2018 junto con los correspondientes intereses moratorios a satisfacción del fondo de pensiones al que se encuentra afiliada la demandante y teniendo como salario la suma de $1'890.000, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.*

***CUARTO: SE ABSUELVE** de las demás pretensiones de la demanda.*

***QUINTO: SE CONDENA** a la demandada ESTUDIOS E INVERSIONES MEDICAS S.A. ESIMED a pagar la suma de $3'500.000 como agencias en derecho en favor de la parte demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia."*

Inconforme con la decisión la parte actora refiere tres puntos específicos de impugnación, el primero en relación con la absolución de las cesantías del año 2017, indicando, si bien la demandante pudo haber dicho que, sí se le cancelaron, ello se trató fue de una confusión pues en el plenario no hay prueba de su pago, por ende, procede el mismo.

En la misma dirección solicita se condene al pago de la sanción por no consignar las cesantías del año 2017 en el periodo que correspondía, esto es, hasta antes del 15 de febrero del 2018.

Finalmente solicita se condene al pago de los salarios adeudados de septiembre y octubre del 2018, por cuanto si bien en el expediente obran desprendibles de nómina ello no significa que se haya realizado el pago, pues nunca ingreso ese dinero a la cuenta bancaria de la demandante. *(Audio archivo 5 expediente digital, record: 34:03)*[1]

[1] **Apoderado demandante (Record 34:03):** Si, presento recurso de apelación contra la sentencia que se acaba de proferir señora juez, por varios aspectos. Y únicamente respecto los puntos que fueron en contra de la parte demandante.

Esta apelación se sustenta básicamente respecto del primer punto que sería de las cesantías correspondientes al año 2017, conforme se ha explicado desde la misma formulación de la demanda, la empresa ESIMED no canceló las cesantías de los trabajadores incluida la aquí demandante por el año 2017, eso se acredita con los documentos que obran en el plenario y que hacen referencia a la certificación expedida por el fondo de cesantías, en el cual se evidencian que hay pagos de cesantías pero no está el correspondiente al 2017.

El curador *ad litem* de ESIMED en su apelación señala únicamente que se debe estudiar la excepción de prescripción por él propuesta en el escrito de subsanación de la contestación de la demanda, frente a las pretensiones ante las cuales haya operado dicho fenómeno. (*Audio archivo 5 expediente digital, record: 38:50)*[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 LUISA FERNANDA CARRILLO, las pretensiones visibles en las páginas 6 a 8 (Archivo 1 expediente digital),

---

Respecto del que se afirma que la demandante hizo una confesión de pago de esas cesantías, consideró que lo que se presenta aquí es una confusión o una errónea interpretación por parte de la señora juez, respecto de lo que manifestó la demandante en la diligencia, por lo que si se hace necesario que la Sala Laboral del Tribunal quien haga la revisión de esa declaración para efectos de establecer y comparar obviamente con los documentos y las pretensiones de la demanda que efectivamente que la sociedad demandada adeuda las cesantías correspondientes del año 2017. Entonces en ese punto si considero que sea el Tribunal quien deba resolver al respecto.

Ahora bien, el tema de no accederse o verificarse que no, de acuerdo a criterio del despacho que no se le adeudan las cesantías del 2017, se y ese fue el sustento para negar la pretensiones de la sanción moratoria a que trata el artículo 99 de la ley 50, considero que el Tribunal debe hacer ese análisis y la revisión para efecto que se condene también a la sociedad demandada al pago de esta sanción por el no pago y no consignación de las cesantías dentro del periodo que realmente le correspondía a ESIMED realizarlo, que era hasta antes del 15 de febrero del año 2018.

Respecto de la, las cesantías, respecto de los salarios, salarios que la señora juez ha sido referente que solamente se le adeudan 9 días, existe también una mala interpretación en la medida que nosotros dentro del proceso, en la demanda hacemos referencia del no pago de estos salarios, y si bien aquí se expidieron unas desprendibles del pago de nómina, ello no significa que se haya realizado el pago, el pago nunca se efectuó, nunca ingresaron a los la cuenta de la aquí demandante y eso también se acredita con los desprendibles que se allegaron bancarios al expediente. Entonces en esa medida también solicito al Tribunal que se haga dicha valoración, para efecto de establecer y se condene a la sociedad demandada a pagar los salarios correspondientes a septiembre y octubre del 2018.

Segundo, entonces en esa medida considero que la señora juez al realizar esta interpretación que con todo respeto lo manifiesto, considero que es errónea, absolvió a la sociedad demandada y, por lo tanto, debe ser la Sala Laboral la que resuelva estos puntos específicos que son materia del recurso de apelación, entonces los términos precedentes dejo sentado el recurso de apelación para que sea concedido ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá. Muchas gracias señora juez.

[2] **Apoderado demandada (Record 38:50):** Muchas gracias señora juez, pues este curador la única inconformidad que tiene con las sentencia y pues la expondré mediante interposición del recurso de apelación, tiene que ver con que se manifestó por parte, en las consideraciones de la sentencia, manifestó la señora juez que este apoderado no había alegado la prescripción, efectivamente el despacho ordenó a este curador subsanar la contestación de la demanda, y en dicho escrito subsanatorio se alegó la excepción de prescripción, señalando que se estudiará que el despacho considerará que excepcionar no constituya disposición del derecho, recientemente algún pronunciamiento de la Corte Constitucional da entender que hay no hay disposición del derecho, lo que se le solicitaría al Tribunal es que proceda estudiar la prescripción frente a las prestaciones ante las cuales esta haya operado. En esos términos sustento el recurso de apelación.

las cuales se fundan en los hechos relatados en las páginas 4 a 6 (ibídem), aspirando se declare que entre ella y ESTUDIOS E INVERSIONES MÉDICAS ESIMED S.A., existió una relación laboral la cual estuvo vigente entre el 23 de diciembre del 2015 y el 24 de octubre del 2018, la cual termino por justas causas imputables al empleador (despido indirecto), en consecuencia se condene al pago del auxilio de cesantías de los años 2017 y 2018, intereses a las cesantías del 2018, prima de servicios del segundo semestre del 2018, dotaciones dejadas de entregar, salarios correspondientes a las quincenas de septiembre y octubre del 2018, vacaciones del último periodo laborado, aportes al sistema de seguridad social integral en salud, pensión y riesgos laborales, indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo por causa imputable al empleador (despido indirecto), indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del C.S.T., indemnización por la no consignación de las cesantías en el fondo, indemnización por falta de pago oportuno de los intereses anuales a las cesantías causadas en el año 2018, indexación de las sumas de dinero que sean susceptibles de la misma, costas del proceso incluyendo agencias en derecho, condenas *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primer grado parcialmente favorable a sus aspiraciones** por cuanto se declaró la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y ESIMED S.A. del 23 de diciembre del 2015 al 24 de octubre del 2018 con un salario de $1.890.000, condenando al pago de 9 días de salario del mes de octubre del 2018, cesantías e intereses con sanción del 2018, prima de servicios del segundo semestre del 2018, vacaciones del último año de servicios debidamente indexadas, pago de los aportes a pensión de agosto, septiembre y octubre del 2018 con el correspondiente interés moratorio, indemnización por despido indirecto, la indemnización moratoria de 1 día de salario por los primeros 24 meses –hasta el 24 de octubre del 2020- y a partir del mes 25 los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria sobre las sumas adeudadas por salarios y prestaciones sociales.

Lo anterior tras considerar que no existía discusión alguna frente a la prestación personal del servicio y encontrarse acreditado la modalidad del contrato y los extremos temporales. Frente al salario, estimó, que el mismo fue certificado por la demandada, disponiendo el pago de prestaciones sociales y vacaciones por no acreditarse su pago por parte de ESIMED. Con relación a la indemnización moratoria, señaló no haberse acreditado una razón valedera en la omisión del empleador para el pago de los derechos laborales de la demandante. Absolvió de

la sanción por no consignación de cesantías, por cuanto solo condenó a las causadas en el año 2018 las cuales no generaron la referida indemnización, como también de las dotaciones por no demostrarse los perjuicios ocasionados.

Frente a la excepción de prescripción adujo no ser estudiada por cuanto la misma no fue propuesta por la parte demandada.

Pues bien, se abordará el estudio de los recursos de apelación interpuestos por ambas partes 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).

Así, considerando los términos en que fue presentada la alzada, se advierte no es motivo de controversia en esta instancia que entre la demandante y la sociedad ESTUDIOS E INVERSIONES MÉDICAS – ESIMED S.A., existió un contrato de trabajo, en virtud del cual la actora, en calidad de trabajadora, se desempeñó en el cargo de ENFERMERA, el cual inició el 23 de diciembre del 2015 y finalizó el 24 de octubre del 2018 por decisión unilateral de la demandante en virtud de los incumplimientos de su empleadora, hechos que fueron determinados por el *a quo* sin que fueran objeto de apelación, como tampoco el salario por ella devengado durante toda la relación laboral de $1.890.000.

En ese sentido, la discusión propuesta ante esta Corporación versa sobre los siguientes aspectos: i) Salarios adeudados de septiembre y octubre del 2018 ii) Cesantías del año 2017 iii) Sanción por no consignación de las cesantías y iv) Excepción de prescripción.

Bajo tal estructura, en lo que respecta a los **salarios adeudados,** se tiene que los solicitados en la demanda (pretensión 1.6) fueron los correspondientes "*a las quincenas de septiembre y octubre del 2018"*, evidenciándose si bien en efecto dentro del plenario obran desprendibles de nómina de los meses de julio a octubre del 2018 (páginas 46 a 49 Archivo 1 expediente digital) lo cierto es que como lo afirma el apoderado de la demandante no obra prueba de su pago, y en esa medida contrario a lo afirmado por la Juez de primer grado procede su condena, advirtiendo la Sala conforme a la documental obrante en el expediente concretamente el derecho de petición elevado ante ESMED el 18 de octubre del

2018 y la carta de renuncia del 24 de octubre del 2018 (páginas 44 y 54 Archivo 1 expediente digital), se tiene que la parte actora reclama concretamente los salarios del 16 al 30 de septiembre y evidentemente el del mes de octubre hasta la fecha en que laboró, esto es hasta el 24 de octubre del 2018 y así será ordenado su pago en suma de **$2.457.000**, modificándose en este punto el fallo de primer grado.

- Salarios del 16 de septiembre al 24 de octubre del 2018= 39 días x $63.000 (*1.890.000/30) = $2.457.000

Frente al pago de las **cesantías del año 2017,** señala el apelante que lo expresando por la actora en el interrogatorio de parte se trató de una confusión y por ende se debe condenar a su pago, pues así fue pedido en el libelo, no obstante, advierte la Sala la promotora del litigio ante la pregunta: *¿Usted manifiesta en la demanda y pretende demostrar en este proceso falta de pago de la demandada relativo a unos aportes en el tema relativo a seguridad social, es decir, salud, pensión y riesgos laborales; mas sin embargo en la documental que se observa en el expediente se observan algunos o varios pagos de esta entidad demandada a favor de esas entidades de la seguridad social, le puede explicar al Despacho entonces porque reclama usted que no se le realizaron dichos pagos?* fue clara en expresar: "*si claro ellos aportaron lo que era ARL, pensión y salud más o menos hasta Julio del 2018, de agosto, septiembre y octubre que fue cuando pase la carta de renuncia ya no se verificaban digamos que ellos estuvieran aportando pero aun así cuando nosotros descargábamos el desprendible de nómina aparecía que lo estaban descontando, eh de **cesantías bueno eso sí nos falto las cesantías del último semestre que fue de julio a octubre cuando estuve**[3], el periodo de vacaciones que digamos que ellos anteriormente si estaban juiciosos aportando, pero pues ya llego el momento en que no, entonces por eso si aparece como un historial de que ellos estaban aportando, pero ya después dejaron de hacerlo"*

De acuerdo a lo anterior para ésta Sala de decisión es claro inferir que, pese a lo expresado en la demanda, se obtuvo por medio de la prueba del interrogatorio de parte una confesión de la señora LUISA FERNANDA CARROILLO que no puede ser obviada dentro de este trámite judicial, recordándose la confesión es, por naturaleza, la aceptación de hechos personales de los cuales se tenga conocimiento, que

[3] Minuto 18:35 del interrogatorio de parte Audio archivo 3 expediente digital

conlleven una consecuencia jurídica desfavorable para quien los acepta, en este caso para la demandante.

Nótese que el interrogatorio de parte tiene por objeto obtener de los demandantes o demandados la versión sobre los hechos relacionados con el proceso y que puede llegar a configurar una confesión, siempre y cuando recaiga sobre hechos que perjudican al declarante o favorezcan a la parte contraria, que fue lo sucedido dentro de éste litigio, pues la promotora del litigio fue clara y espontanea al expresar que solo se le adeudaban las cesantías de los meses de julio a octubre del 2018, lo que en afectó la perjudicó a ella y favoreció a la demandada.

Sobre este aspecto, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia SL1631-2022 Rad. 26027 del 10 de mayo del 2022 sostuvo:

> *"Se debe recordar que a través de este medio de prueba se busca producir la confesión de la parte que absuelve el interrogatorio, por tanto, la confesión es aquella manifestación que versa sobre hechos que le producen consecuencias adversas, y por ende, no puede probar aquellos supuestos que le favorezcan, tal como esta corporación recientemente lo consideró en CSJ SL3818-2020:*
>
> > *Es importante recordar, que la confesión es aquella manifestación que versa sobre hechos que producen consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria y que debe cumplir con los requisitos contemplados en el artículo 191 del CGP (195 del CPC), es decir: i) que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado; ii) que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria; iii) que recaiga sobre hechos, respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba; iv) que sea expresa, consciente y libre y, v) que verse sobre hechos personales del confesante o de que tenga conocimiento. (Subraya la Sala).*

Conforme a los anteriores parámetros, se tiene que la Juez de primer grado valoró el interrogatorio de parte absuelto por la actora haciéndole producir efectos desfavorables a ella, esto es, conforme a la finalidad prevista jurídicamente para este medio probatorio, y le atribuyó idoneidad para acreditar un hecho que la perjudicó, el pago de las cesantías del año 2017.

Téngase en cuenta el interrogatorio de parte suministra certeza al juez sobre la verdad de los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones de la demanda, esto es, busca formar el convencimiento judicial respecto de la realización de determinadas situaciones que interesan al proceso y que constituyen el sustento de las peticiones presentadas por las partes dentro del mismo, por lo cual los argumentos del apoderado de la demandante en este

aspecto no pueden salir avante y de esta manera ha de confirmarse la decisión de la falladora de primer grado.

En esta dirección y al no adeudarse suma alguna por concepto de cesantías del año 2017, no resulta procedente la condena de la **indemnización por no consignación de cesantías** pues la misma no se generó, ya que las adeudadas por el año 2018 debía pagarlas la empleadora directamente a su trabajadora a la terminación del contrato. Se confirma su absolución.

Finalmente, y en lo que tiene que ver con la alzada del curador *ad litem* de la parte demandada, se tiene que en efecto en el escrito de subsanación de la contestación de la demanda *(páginas 99 a 113 Archivo 1 expediente digital)* se propuso la excepción de prescripción *(página 111 ibídem)*, contestación que fue admitida por el Juzgado de primer grado en auto del 6 de julio del 2021 *(página 116 ibídem).*

- **PRESCRIPCION**

Que sobre los derechos laborales reclamados que exceden los tres años de la acción ordinaria laboral, a la fecha de la radicación de la demanda sin haber sido debidamente interrumpido su término, se decrete la prescripción frente a lo que haya transcurrido mas de tres años antes de la presentación de la demanda. Para este efecto, se solicita que sea el Juzgador que determina la procedencia de esta excepción, al no estar siendo invocado directamente por el demandado, ni por apoderado designado por este, sino por simple curador ad litem, pues no está claro para este curador si esta excepción implique disposición del derecho.

Razón por la cual es procedente su análisis, sin embargo, ha de tenerse en cuenta ninguna de las acreencias a las que fue condenada ESIMED se encuentra afectada por el fenómeno extintivo de la prescripción, como quiera que desde la fecha de exigibilidad de cada una de ellas (salarios, cesantías, intereses, prima de servicios, vacaciones, indemnización por despido e indemnización moratoria) que lo fue para el 24 de octubre del 2018 data de terminación de la relación laboral, a la fecha de interposición de la presente demanda -24 de enero del 2019- (Acta reparto página 69 Archivo 1) no transcurrió el termino previsto en los artículos 151 del C.P.L. y 488 del C.S.T., para la operancia de éste fenómeno extintivo. Se adicionará en este aspecto la sentencia de primer grado, en cuanto a que se declara no probada la excepción de prescripción).

Agotada como se encuentra la competencia de esta instancia por el estudio de los puntos objeto de apelación, lo que sigue es la modificación parcial del numeral segundo de la sentencia proferida por la *a quo* y la adición de la misma, según las disquisiciones hechas por la Sala.

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

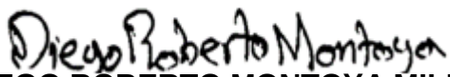
PRIMERO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado, en cuanto a que se **CONDENA** a ESIMED a cancelar a la señora LUISA FERNANDA CARRILLO la suma de **$2.457.000** por concepto de **salarios** adeudados del 16 de septiembre al 24 de octubre del 2018, conforme a lo considerado.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia de la Juez 27 Laboral del Circuito de Bogotá, para **DECLARAR NO PROBADA la EXCPECIÓN DE PRESCRIPCIÓN**, de acuerdo a lo expuesto.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

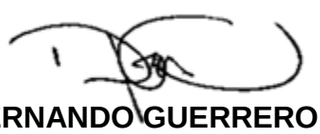
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR DORIS JANETH NARVAEZ CASTRO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y como vinculada la AFP PROTECCIÓN S.A. (RAD. 28 2018 00390 01)

Bogotá D.C. treinta (30) de junio 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 GARCÍA en su calidad de representante legal de la firma ARANGO GARCÍA ABOGADOS ASOCIADOS.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por Porvenir, el demandante y Colpensiones, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 13 numeral primero de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, 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 28 Laboral del Circuito de Bogotá

el pasado 2 de mayo del 2022 *(Audiencia virtual, archivo 7 expediente digital),* en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora DORIS YANETH NARVAEZ CASTRO al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 11 de febrero de 1998, por intermedio de COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por COLPENSIONES, todo como se dijo en la parte motiva de esta sentencia.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora DORIS YANETH NARVAEZ CASTRO quien se identifica con C.C: 51.644.961 a COLPENSIONES.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES para que proceda a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.*
>
> ***CUARTO: DECLARAR** no probados los medios exceptivos propuestos por el extremo pasivo.*
>
> ***QUINTO:** COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de las demandadas PORVENIR, PROTECCIÓN y COLPENSIONES. Se señala como agencias en derecho la suma de $1.000.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la demandante.*
>
> ***SEXTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión, CONSÚLTESE CON EL SUPERIOR, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES."*

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, tras considerar que no se valoró que el consentimiento informado para su libre escogencia se materializó con la suscripción de la solicitud de afiliación o formulario de afiliación, documento público que no fue tachado de falso y el cual expresaba que la actora hacía constar que lo hacía de forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia del régimen de ahorro individual, aunado a que PORVENIR siempre le garantizó el derecho al retracto, conducta que se aprobó con la publicación que se realizó en el diario el Tiempo el día 14 de enero del año 2004 como dispuso inicialmente el Decreto 1161 del año 94 sin que a actora ejerciera dicha facultad.

Por otro lado, manifiesta frente a la condena por devolución de los gastos de administración que conforme el inciso segundo del artículo 20 de la Ley 100 de

1993 el régimen de prima media también destina el 3% de su cotización a financiar otros u esos mismos gastos de administración, por lo tanto, no forman en ningún régimen parte integral de la pensión de vejez y por ello estarían sujetos al fenómeno de la prescripción, precisando Porvenir al fusionarse con Horizonte pues no pudo recibir ni como activo ni como pasivo los gastos de administración de las entonces cuentas de los afiliados a tal AFP HORIZONTE y más cuando de manera taxativa el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 señala cuales son los conceptos que conforman la cuenta individual de los afiliados en el RAIS y esto es el saldo de la cuenta incluidos los rendimientos, generando la inexistencia del pago de esos gastos de administración a favor de los afiliados *(Audio archivo 7 expediente digital, record: 58:53)*[1]

[1] "Gracias 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 pues acontecieron respecto del deber de información como una obligación de haber sido probada por parte de mi representada de haber suministrado una información clara y suficiente sobre los aspectos pues que acarreaba un cambio de régimen pensional, eh por lo anterior el despacho no valoró que el consentimiento informado para su libre escogencia se materializó con la suscripción de la solicitud de afiliación o formulario de afiliación documento público que no fue tachado de falso y el cual expresaba que la actora hacía constar que lo hacía de forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia del régimen de ahorro individual y sobre los aspectos de este, entre otros conceptos conforme pues así lo exigía el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, es decir, señores magistrados que no se trataba de una simple declaración vacía incluida en un formato de afiliación sino precisamente de un requerimiento legal expresamente señalado sobre la firma de la parte demandante que se presume como una persona capaz para obligarse. Adicionalmente no se puede desconocer que PORVENIR siempre le garantizó el derecho al retracto, conducta que se aprobó con la publicación que se realizó en el diario el tiempo el día 14 de enero del año 2004 como dispuso inicialmente el Decreto 1161 del año 94 sin que pues la actora ejerciera dicha facultad, lo cual no se valoró como una negligencia de su parte y debe valorarse como tal, pero además con la declaratoria de la ineficacia de traslado entre regímenes pensionales se desconoció el principio de la autonomía de la voluntad privada con la que contaba pues ésta demandante definida en jurisprudencia constitucional en sentencia C 347 del año 2006, como el poder de las personas reconocido por el reglamento positivo para disponer con efecto vinculante los intereses y derechos pues que estos son titulares y por ende de esa forma crear unos derechos y obligaciones siempre pues que se respete el orden público y las buenas costumbres.

Ahora no procede la condena por la devolución de los gastos de administración pues de acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 también el régimen de prima media destina el 3% de su cotización a financiar otros u esos mismos gastos de administración, por lo tanto, pues dichos gastos de administración no forman en ningún régimen pues parte integral de la pensión de vejez y pues por ello estarán sujetos al fenómeno de la prescripción, de igual manera pues como se acredito para el presente proceso la demandante se vinculó con Horizonte Pensiones y Cesantías para el año 2004 y que mediante escritura pública No. 2250 del 26 de diciembre del año 2013 registrada en cámara de comercio se perfeccionó la fusión por absorción de la AFP HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS con mi representada y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 178 del código de comercio, en virtud de esta fusión Porvenir adquirió unos bienes y derechos de la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías y se hizo cargo del pasivo interno y externo de este fondo, como requisito para el trámite de la supersociedades en ese momento en concordancia con lo señalado en el artículo 173 del código de comercio, para este proceso de fusión se debieron acreditar unos estados financieros de las empresas a fusionar, esto es, el balance de activos, pasivos, patrimonio neto, estados de los resultados, estados del cambio del patrimonio y estados de flujo de efectivo y las notas. Es claro entonces señores magistrados que Porvenir en esta fusión pues no pudo recibir ni como activo ni como pasivo los gastos de administración de las entonces cuentas de los afiliados a la AFP HORIZONTE pensiones y cesantías y de una parte porque de manera taxativa el artículo 113 de la Ley 100 del 93 señala cuales son los conceptos que conforman la cuenta individual de los afiliados en el RAIS y esto es pues el saldo de la cuenta incluidos pues los rendimientos, sumado pues a la inexistencia del pago de esta obligación del pago de esos gastos de administración a favor de los afiliados del fondo de pensiones

A su turno, COLPENSIONES solicitó sea revocada la decisión, advirtiendo la parte actora nunca realizo actos que sugieran su no intención o inconformidad de pertenecer al RAIS, aduciendo a la fecha se tiene una densidad considerable de años operando el fenómeno jurídico de la ratificación que perfecciona el acto ineficaz, expresando, al analizar el proceso desde la nulidad ya existe un saneamiento de la misma en virtud de los actos de relacionamiento que se presentaron en el presente proceso. *(Audio archivo 7 expediente digital, record: 1:03:04)*[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 en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (*Páginas 44 y 45, archivo 1 Expediente Digitalizado),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 40 a 43 ibídem),* aspirando de manera principal se declare la nulidad de la vinculación al RAIS administrado por COLFONDOS, en consecuencia ordenar a PORVENIR S.A. el retorno al RPM y a enviar el valor de los saldo que se hayan consignado en la cuenta pensional, junto con los cobros y gastos administrativos descontados de sus aportes, igualmente solicita se ordene a COLPENSIONES a recibir los aportes, rendimientos financieros y devolución de cobros de administración, derechos *ultra y extra petita,* costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se

---

Horizonte para el año 2013, época de la fusión como quiera pues que esto ha sido producto de actuales decisiones judiciales.

Por lo anterior de manera muy respetuosa, solicito a los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá revocar en su integridad la sentencia emitida por el Despacho. Muchas gracias."

[2] "Gracias señora Juez me permito interponer recurso de alzada contra la sentencia proferida, solicitando al ad quem revocarla en su totalidad y el argumento de alzada en este caso valorado bajo la figura de la ineficacia y no de la nulidad, se evidencia que con el paso del tiempo la parte actora nunca realizo actos que sugieran su no intención o inconformidad de pertenecer al RAIS, a la fecha se tiene una densidad considerable de años y al caso presente opera el fenómeno jurídico de la ratificación que perfecciona el acto ineficaz con ocasión al artículo 898 del Código de Comercio que expresa: "*La ratificación expresa de las partes dando cumplimiento a las solemnidades pertinentes perfeccionará el acto inexistente en la fecha de tal ratificación, sin perjuicio de terceros de buena fe exenta de culpa*." Igualmente, si se quiere hacer el análisis desde la nulidad se tiene que existe saneamiento de la misma, menciona el artículo 1752 y 1754 de establecer que igualmente este articulo 898 tiene relación directa con la sentencia SL413 del 2018, SL5736 del 2020 y SL1061 del 2021, que desarrollan los actos de relacionamiento, caso que se presenta en el presente proceso. Gracias"

declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a COLFONDOS el 11 de febrero de 1998, en consecuencia, condenó a la AFP PORVENIR actual administradora donde se encuentra la actora, a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual y ordenó a COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada COLFONDOS no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante, al momento del traslado, ni se le explicó las consecuencias de su 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 febrero del 1962 *(Página 20, Archivo 1 Expediente Digitalizado),* por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante las peticiones elevadas ante PORVENIR y COLFONDOS el 7 de marzo del 2018 y ante COLPENSIONES el 28 de febrero del 2018 *(Páginas 4 a 8, 12 a 16 y 19 archivo 1 Expediente Digitalizado)*, esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en

[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".*

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 117,14 semanas cotizadas al sistema que corresponden a 3 años, 5 meses y 10 días *(Página 127, archivo 1 expediente digital Historia Laboral válida para bono pensional),* 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 febrero de 1998** con fecha de efectividad a partir del **11 de febrero de 1998** *(Página 21 y 103, archivo 1 expediente digital)* por afiliación que hiciera a COLFONDOS*,* 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*

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

> *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 COLFONDOS.

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".

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 (…)"*

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.

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[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 1998 y en ese orden para la Sala los argumentos de la accionante solo reafirman el incumplimiento de la AFP COLFONDOS 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 COLFONDOS (*Página 21 Archivo 1 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 130 y 131, archivo 1 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

[6] Audiencia 2 de mayo de 2022, récord 13:22

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 COLFONDOS 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 1998, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP COLFONDOS 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 **(10 de febrero de 1998 , efectivo el 11 de febrero 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.

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 1 expediente digital página 103)* 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 (*ibídem*).

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 la afiliada 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 (ver certificación página 102 archivo 1 expediente digital), del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y gastos de administración, como también la activación de su afiliación por parte de COLPENSIONES en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Debe precisarse en este punto, ante un nuevo estudio del tema y atendiendo la recomposición de ésta Sala de Decisión se adicionará el numeral segundo del fallo de primer grado, en cuanto a que además de lo anterior, COLFONDOS y PROTECCIÓN también deben devolver a COLPENSIONES los gastos de administración, igualmente tanto éstas como PORVENIR deberán retornar las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia[7], los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades[8], por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a cada uno de 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:

"(…)

[7] Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.
[8] Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

> *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."***

Igualmente se dispondrá que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Con relación a la orden de disponer el pago debidamente indexado, 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, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, y su imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

Así lo adoctrinó recientemente la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL359 de 2021, reiterada en la SL859 de 2021. En la primera providencia anotada, el órgano de cierre de esta jurisdicción consideró:

> *"****Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.***

> *En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibídem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es*

> *incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.*
>
> *Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real."* (Negrillas de la Sala).

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 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 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 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 101, archivo 1 expediente digital) y* COLPENSIONES[9] *(Páginas 157 y 158, archivo 1 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.

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:

[9] Se tuvo por contestada la demanda en auto del 6 de octubre del 2020, archivo 1 expediente digital página 192.

"…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 adicionará en los puntos anteriormente expuestos y 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: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado, para ordenar a PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. devolver a COLPENSIONES además de los gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente **indexados** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a cada una de esas administradoras, conforme lo considerado.

SEGUNDO: DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

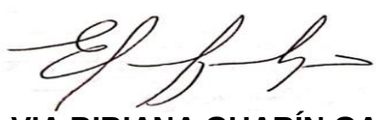
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

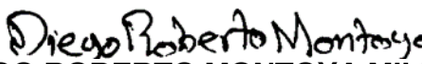
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR SIERVO HERNÁNDEZ GÓMEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PROTECCION S.A., SKANDIA S.A, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A (RAD. 29 2020 00209 01)

Bogotá D.C. treinta (30) de junio 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 GARCÍA en su calidad de representante legal de la firma ARANGO GARCÍA ABOGADOS ASOCIADOS.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos por el demandante, Skandia, Colpensiones y Porvenir, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 13 numeral primero de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, 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, MAPFRE y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez Veintinueve (29) Laboral del

Circuito de Bogotá D.C, el 3 de mayo de 2022 (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., récord 1:47:47, archivo 26, expediente digital),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO:*** *Declara la ineficacia del traslado del régimen pensional que hiciere el señor siervo Hernández Gómez identificado con cedula de ciudadanía 13640368 a la sociedad administradora de fondo de cesantías y pensiones Porvenir S.A el 10 de junio de 1994 con fecha efectividad, primero de julio de 1994 por los motivos expuestos en esta providencia en consecuencia declara en contra de todos los efectos legales que el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por Lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.*
>
> ***SEGUNDO: ORDENAR*** *a la sociedad administradora de pensiones y cesantías porvenir S.A a devolver a la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación del señor SIERVO HERNADEZ GOMEZ por concepto de cotizaciones y rendimientos PARA LO CUAL SE LE CONCEDE EL termino de 30 días hábiles a la ejecutoria de esta providencia*
>
> ***TERCERO: ORDENAR*** *a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a recibir de la administradora de fondo de pensiones y cesantías porvenir S.A todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la parte actora por concepto de cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral*
>
> ***CUARTO: ABSOLVER*** *a todas las demás codemandadas de todas y cada una de las pretensiones incubadas en esta demanda*
>
> ***QUINTO:*** *sin condena en costas.*
>
> ***SEXTO:*** *consultar la presente sentencia en caso de no ser apelada por la administradora colombiana de pensiones Colpensiones en los términos del artículo 69 del código procesal del trabajo y la seguridad social"*

Inconforme con la decisión los apoderados judiciales de la parte demandante, de la llamada en garantía MAPFRE y la demandada COLPENSIONES, la apelaron.

En primer lugar, la apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación en relación con la absolución en costas respecto de las demandadas. Pidió se tenga en cuenta que éstas corresponden a una carga económica que debe afrontar quien obtuvo una decisión adversa en el proceso, en este caso las demandadas fueron vencidas en juicio, por lo que solicita que todas sean

condenadas por este concepto.[1] (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., récord 1:49:21).*

El apoderado de MAPFRE SEGUROS S.A. interpuso recurso de apelación señalando, entre el llamante Skandia y el llamado en garantía MAPFRE existe carencia de hilo conductor en la relación procesal; recordó que en la sentencia de primer grado se absolvió a la aseguradora, por lo que solicita se revoque absolución de Skandia en cuanto a las costas procesales y en su lugar sean concedidas a su favor.[2] (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., récord 1:52:18).*

---

[1] *"**APODERA DE LA PARTE DE MANDANTE (1:49:21):** gracias su señoría, aprovechando la oportunidad procesal que es concedida, me permito interponer recurso de apelación, en lo concerniente a, la no condena en costas señalado dentro de la anterior eh sentencia dictada, lo elevo ante el honorable tribunal de Bogotá solicitándole a los magistrados eh respetuosamente que tenga en cuenta que las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afronta quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte las agencias en derecho sin que para ello la parte contraria actúe o no actúe n la respectiva instancia. En este sentido la normatividad procesal dispone que se condenara en costas a la parte vencida, acá las demandadas fueron vencidas y por lo cual solicito todas sean condenadas en costas y en caso de que esta demanda prospere eh este, esta condena en costas es procedente. De acuerdo a lo anterior eh, solicitamos que eh se debe imponer condena en costas eh teniendo en cuenta los artículos 361 a 366 del código general del proceso que ordena como lo señale anteriormente que la parte vencida debe ser condenada en costas ejerciendo las facultades otorgadas eh pues, le solicito al honorable tribunal eh que se a revocado el numeral de la presente sentencia que decidió no condenar en costas y que ordene que eh se fijen las costas pertinentes. De acuerdo con esto dejo sustentado mi recurso de apelación, muchas gracias su señoría".*

[2] *"**APODERADO DE MAPFRE** (1:52:18) respetuosamente me dirijo a su despacho con el fin de presentar recurso de apelación en contra de la sentencia dictada en el día de hoy por su despacho, procedo a sustentar de la siguiente manera.*

Honorables magistrados es notorio que dentro de la relación jurídico procesal entre el llamante en garantías Skandia y la llamada en garantía Mapfre seguros existe una carencia del hilo conductor que da Genesis a esta relación jurídico procesal tanto así honorables magistrados que dentro de la sentencia emanada por el despacho de primera instancia se absolvió a la compañía que represento, véase los considerandos de la misma, eh y precisamente por esa carencia de es hilo conductor honorables magistrados, esta absolución configura el numeral primero del artículo 366 del código general del proceso y la comprobación que habla el numeral octavo de ese citado artículo es evidente al tener en cuenta honorables magistrados que Mapfre seguros vída Colombia S.A dentro de su objeto social o actividad económica no está la contestación de demandas de materia laboral sino la expedición de pólizas en sus diferentes ramos lo que inequívocamente demuestra los gastos de defensa judicial, razón por la cual no solo este profesional del derecho actuó dentro del proceso, sino que utiliza el recurso de alzada ante ustedes para solicitar pues, se condene en costas al a llamante en garantías SKANDIA S.A y en favor de Mapfre seguros vía Colombia S.A.

Mm, las costas están ya demostradas pues haciendo óbice a ese artículo 365 del código general del proceso. Si tenemos en cuenta también honorables magistrados que la figura de la que trata

Asimismo, la apoderada de COLPENSIONES recurrió la decisión de primer grado por considerar al actor no le asiste derecho a ser trasladado de nuevo al RPM, porque en el año 1994 decidió en forma libre y voluntaria, trasladarse al RAIS; aunque en su interrogatorio afirmó que recibió diferentes formularios para que se afiliara y no tenía claros los requisitos de cada régimen, lo cierto es que se trasladó y ha permanecido en el régimen de ahorro individual por más de 20 años, incluso realizando traslados entre administradoras. Recalcó, el actor se encuentra inmerso en la prohibición legal para trasladarse porque le faltan menos de diez años para cumplir la edad de pensión.

En su criterio si se vulnera el principio de sostenibilidad financiera, que representa una garantía del derecho a la pensión de los ciudadanos y fallos como el censurado, generan una situación que desvertebra la debida planeación y distribución de los recursos del sistema pensional.[3] (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., récord 1:55:08).*

---

el artículo 364 del del código general del proceso no significa per se que se invoque en todos los casos pues se necesita un hilo conductor que evidentemente carece tanto así que la sentencia de primera instancia lo corrobora entre la demanda inicial las pretensiones y el llamamiento en garantía, así mismo pues una relación jurídico procesal entre las partes la cual pues brilla por su ausencia.

Respetuosamente me dirijo a los honorables magistrados con el fin de que se revoque la parte considerativa de la sentencia en lo que tiene que ver con la no concesión de las costas a favor de la compañía que apodero y en consecuencia se condene en costa a la llamante en garantía Skandia y a favor de Mapfre Colombia vida seguros s.a; en ese orden de idea dejo sustentado mi recurso de apelación".

[3] *"**APODERADA COLPENSIONES** (record 17:20) Gracias, me permito interponer y sustentar recurso de apelación contra la sentencia proferida dentro del presente proceso con el fin que el honorable tribunal superior de Bogotá sala laboral revoque la decisión tomada por este despacho y en su lugar absuelva a mi representada, considerando lo siguiente: No se trata de aplicar de forma directa o indiscriminada las decisiones de la máxima autoridad de esta especialidad, como es la Corte Suprema de Justicia para todos los casos, sino por el contrario se debe analizar si la presunta falta de información produce un efecto cierto y adverso como lo es perder el régimen de transición pensional, o bien se trata de una situación donde el afiliado una vez no puede trasladarse de régimen y no puede hallarse de acuerdo con la mesada pensional, encuentra en esta clase de acciones la oportunidad ideal para obtener un beneficio indebido al buscar ignorar las normas que regulan de forma clara los términos y las oportunidades en las cuales debe surtirse la movilidad entre regímenes, siendo claro que este último no es el escenario objeto de protección ni el alcance de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, toda vez que tal proceder termina por socavar los principios fundamentales sobre los cuales se erige todo el sistema general de seguridad social como es la autonomía en la voluntad del afiliado y la libre elección de régimen pensional. Además es de tenerse en cuenta*

que una persona que no ha estado afiliada por más de 14 años al régimen de prima media pretenda que ahora el sistema sea solidario y requiere beneficiarse de aportes que no ha realizado pues esto pondría en riesgo el sistema pensional y el futuro pago de las pensiones de las personas que por el contrario siempre han cotizado al mismo. Por lo tanto es necesario considerar lo manifestado por el tribunal superior de Bogotá en sentencia con radicado 2018 445 del 30 de julio de 2020, donde se manifiesta que el afiliado no está exonerado de su deber de ilustrarse frente a la decisión de cambio de régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuido en su capacidad para celebrar actos y contratos y teniendo en cuenta que de su elección dependerá su futuro pensional, puesto que decide voluntariamente cambiarse de régimen, contando con la oportunidad de trasladarse nuevamente en los términos de la ley 797 del 2003 antes de que le faltaran los 10 años o menos para arribar a la edad mínima pensional. Si en gracia de discusión se advirtiese la existencia de un vicio en el traslado de régimen ocurrido, el mismo tuvo que haber sido advertido en esa oportunidad ante la información brindada, por lo que indefectiblemente a partir de esa fecha debía contarse con el plazo de cuatro años con el que contaba el afiliado para pedir la recisión del acto jurídico de traslado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código civil y como no lo hizo, ese hecho debe tenerse como una ratificación tácita del acto, con lo que se sanea cualquier nulidad que hubiese podido existir.

Así las cosas no es viable que el demandante pretenda que ahora la nulidad de su traslado, después de que observó que la pensión no estaría acorde con sus aspiraciones económicas, por ende el afiliado debe someterse a las condiciones del sistema por el que optó tal y como lo aceptó al firmar el formulario de vinculación. Debe tenerse en cuenta que la demandante con los múltiples traslados horizontales que realizó dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad, realizó comportamientos propios de actos de relacionamiento, por lo que es claro que la demandante quiso continuar con el régimen al que pertenece aun cuando tuvo la oportunidad de regresar al régimen administrado por Colpensiones. Es así como lo manifiesta la honorable Corte Suprema de Justicia en reciente sentencia SL 4934 de 2020, SL 1061 de 2021, donde se advierte que a través de los actos de relacionamiento que quedaron plenamente acreditados dentro del proceso y que no fueron discutidos dada la vía escogida, esto es el traslado horizontal constante entre las administradoras de pensiones dentro del régimen de ahorro individual y la información aunque parcial dio cada uno de ellos, se puede razonablemente entender la vocación que tenía la accionante de pertenecer al régimen adoptado y sobre todo de no retornar a Colpensiones pese a las prerrogativas con las que allí inicialmente contaba; se insiste tales comportamientos tácitos de la accionante que no conducen a entender que hubiera existido una perpetuidad en la asimetría de la información, sino que hubo un objetivo claro de continuar en ese régimen, asumiendo los beneficios y consecuencias que su decisión traía consigo. Ahora la declaración injustificada de la ineficacia del traslado de un afiliado al régimen de prima media al RAIS afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados como fue manifestado en sentencia T-489 de 2010 donde se declara que no se puede permitir la descapitalización del fondo, si personas que no contribuyeron a su formación vienen a último momento, cuando les faltan ya menos de diez años para concretar su pensión de vejez, a beneficiarse de un ahorro comunitario, accediendo a una pensión cuyo pago desfinancia el sistema. En cuanto a las costas del proceso resalto en inciso cuarto del artículo 48 de la Constitución Nacional en el que se refiere que no se podrán destinar los recursos de mi representada para fines diferentes a ella, por lo cual es dable interpretar que el pago de costas y agencias en derecho serían contrarios a esta preceptiva constitucional. Ahora bien, teniendo en cuenta la realidad de la jurisdicción laboral, los procesos ejecutivos en contra de mi representada se basan en el pago de costas por lo que la no condena en este evita la congestión judicial, salvaguardando principios de sostenibilidad financiera, más cuando mi representada no tuvo nada que ver con la decisión de la demandante. Por lo anteriormente expuesto no se comparte la decisión adoptada por el a quo y se solicita al honorable tribunal superior de Bogotá,

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 *(páginas 230 y 231, archivo "001 Demanda.pdf", expediente digital)* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo *(páginas 231 a 233, ibídem)*, aspirando se declare la ineficacia del traslado realizado por el demandante a PORVENIR S.A., por la omisión del deber de información; se declare que nunca se trasladó al RAIS, se declaren si validez los traslados efectuados dentro de RAIS a COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.; se declare que el demandante está afiliado a COLPENSIONES y se le ordene aceptarlo como afiliado. Se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido en la cuenta de ahorro individual como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración con todos sus frutos e intereses, es decir, con los rendimientos que se hubieran causado, las costas del proceso y lo ultra y extra petita.

Obtuvo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró ineficaz el traslado del demandante al RAIS, declaró que el actor se encuentra válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida; ordenó a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del actor por concepto de cotizaciones y rendimientos que hubieran causado y actualizar su historia laboral. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR S.A. no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con el demandante al momento del traslado.

---

sala laboral, revocar la sentencia dictada. De esta manera dejo expuesto mi recurso de apelación contra dicha sentencia. Muchas gracias señor Juez"

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 del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 9 de agosto de 1958 *(página 3, archivo "001 DEMANDA.pdf", expediente digital)* por lo que a 1° de abril de 1994 contaba con 35 años y los 62 años de edad los cumplió el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante PORVENIR el 13 de marzo de 2020 y ante COLPENSIONES el 14 de marzo de 2020 *(páginas 55 a 63, archivo "001 DEMANDA.pdf", expediente digital)* esto es, cuando le faltaban menos de diez años para adquirir el derecho pensional -tenía 61 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 66 semanas, que corresponden a 1,05 años *(página 45 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 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 10 **de junio de 1994,** efectivo el **01 de julio de 1994** (*Páginas 68 y 91 , Archivo "005 contestacion porvenir.pdf", expediente digital),*

[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".*

por afiliación que hiciera a 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).

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*

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

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 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

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

---

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.

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, 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 el demandante[7], no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar, que en el año 1994 los promotores de la AFP PORVENIR visitaron su lugar de trabajo, hicieron una pequeña reunión grupal y luego fue atendido individualmente; le dijeron que por la ley 100 el Seguro Social se acababa y quedaban los fondos privados. El asesor diligenció el formulario con sus datos, pero no fue ilustrado sobre los rendimientos, 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 PORVENIR S.A., (*Página 45, Archivo "05 Contestación Porvenir.pdf", expediente digital),* éste 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 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

[7] Audiencia del 3 de mayo de 2022, récord 0:12:25

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 93 a 95 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 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.

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 1994, 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 **(10 de junio de 1994,** efectivo el **01 de julio de 1994)** 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 91, Archivo "05 contestacion porvenir.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 PORVENIR 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 y gastos de administración, como también la activación de su afiliación por parte de COLPENSIONES en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Debe precisarse en este punto, ante un nuevo estudio del tema y atendiendo la recomposición de ésta Sala de Decisión se adicionará el numeral segundo del fallo de primer grado, en cuanto a que además de lo anterior, COLFONDOS SKANDIA y PROTECCIÓN también deben devolver a COLPENSIONES los gastos de administración, igualmente tanto éstas como PORVENIR deberán retornar las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia[8], los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades[9], por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a cada uno de 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:

"(…)

[8] Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.
[9] Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

> *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."***

Igualmente se dispondrá que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

También 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, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, y su imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

Así lo adoctrinó recientemente la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL359 de 2021, reiterada en la SL859 de 2021. En la primera providencia anotada, el órgano de cierre de esta jurisdicción consideró:

> *"****Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.***

> *En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibídem. De ahí*

> *que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.*
>
> *Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real."* (Negrillas de la Sala).

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)

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.

En relación 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 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 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 (...)".*

Teniendo en cuenta lo anterior y como la juez de primer grado no impuso condena concretamente por este concepto, se adicionará su decisión en este sentido.

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES[10], a favor de quien se surte la consulta (*página 15, archivo 007, 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.

[10] 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 de 27 de mayo de 2021 (archivo 014, 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)

Finalmente, respecto de las costas procesales objeto de apelación por la parte demandante, 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 que 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 las demandadas, 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 revocará parcialmente la sentencia de primer grado en cuanto absolvió de las costas a las demandadas para en su lugar condenar el pago de las mismas a cargo de Porvenir S.A., Colfondos S.A., Protección S.A., Skandia S.A. y a favor de la parte demandante.

Igual razonamiento corresponde en relación con la razón de inconformidad de la llamada en garantía MAPFRE VIDA SEGUROS S.A., como quiera que por no haber sido acogido el llamamiento que le hizo la sociedad Skandia S.A., ésta última también deberá ser condenada al pago de costas a favor de la sociedad aseguradora.

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 adicionará la sentencia en los puntos anteriormente expuestos y se revocará la absolución por concepto de costas, 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: ADICIONAR el ordinal **SEGUNDO** del fallo de primer grado, para ordenar a PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PROTECCION S.A. y SKANDIA S.A. devolver a COLPENSIONES los gastos de administración y además las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente

indexados con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a cada una de esas administradoras, conforme lo considerado.

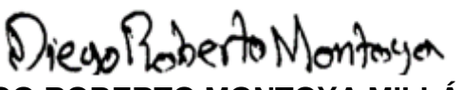
SEGUNDO: DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: REVOCAR el ordinal **QUINTO** de la sentencia de primera instancia, para en su lugar condenar en costas a las demandadas PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PROTECCION S.A., SKANDIA S.A. y COLPENSIONES a favor de la parte demandante. Así mismo imponer condena en costas a la sociedad SKANDIA S.A. a favor de MAPFRE S.A.

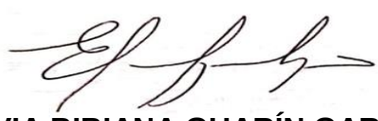
CUARTO : CONFIRMAR en lo demás, la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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 ALFREDO BADALACCHI RAMÍREZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y PORVENIR S.A. (RAD. 30 2020 00163 01)

Bogotá D.C. treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por el demandante, Colpensiones y Porvenir, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 13 numeral primero de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, 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 el Juez 30 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 21 de febrero del 2022 *(Audiencia virtual, archivo 30 expediente digital record: 1:40:12),* en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLÁRESE** ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo el demandante señor ALFREDO BADALACCHI RAMIREZ mayor de edad identificado con C.C. No. 19.399.145 de Bogotá, del Régimen de Prima Media Con Prestación Definida administrado por el extinto Instituto de Los Seguros Sociales al Régimen De Ahorro Individual Con Solidaridad administrado por HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a partir del 1 de noviembre de 2004, conforme a lo expuesto.*
>
> ***SEGUNDO: DECLÁRESE** válidamente vinculado al demandante señor ALFREDO BADALACCHI RAMIREZ del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, conforme a lo indicado.*
>
> ***TERCERO: CONDÉNESE** a 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 del demandante, junto con los rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración por el lapso en que permaneció en dicho régimen esto es desde el 1 de noviembre de 2004 y hasta que se haga efectivo el traslado, los costos cobrados por concepto de administración los cuales deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora y debidamente indexados.

***CUARTO: ORDÉNESE** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual del 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: CONDENAR** en costas de esta instancia a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. Por secretaría liquídense e inclúyanse como agencias en derecho la cantidad de $3.600.000 a favor del demandante.*

***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, conforme a lo indicado en la parte motiva."*

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

Así, en primer lugar, PORVENIR manifiesta que para el momento en el cual el actor tomó la decisión de vincularse con HORIZONTE hoy PORVENIR S.A, las únicas dos pruebas que se requerían era la constancia de la plena validez de la entrega de esa información que constara a través de la información suministrada de manera verbal, y que esa información quedara plasmada con la suscripción del formulario de afiliación del actor.

Expresa con el interrogatorio de parte absuelto se demuestra la información otorgada, pues se le explicaron los requisitos y diferencias entre uno y otro régimen, se le habló sobre el capital necesario, que se podía pensionar de manera anticipada, que sus aportes podían ser heredados en el evento en que llegase a fallecer y la existencia de una cuenta de ahorro individual características diferenciadoras del régimen de prima media con prestación definida. Aduce dentro del presente asunto haberse configurado la existencia de actos de relacionamiento al haber recibido el actor el estado de sus aportes y visualizar la información de los mismos.

Por otro lado, señala el actor se encuentra inmerso en la prohibición de regresar al RPM por estar a menos de 10 años lo que da lugar a no confirmar la declaratoria de la ineficacia.

Respecto a la condena concerniente a los gastos de administración señala no se puede desconocer que conforme al numeral 2 del artículo 20 de la ley 100 de 1993, los gastos de administración no solo son una deducción que hace las AFP, sino también una deducción que hace el régimen de prima media administrado por COLPENSIONES y producto de esa deducción se ha logrado que el actor tenga unos rendimientos lo cual ayudo a aumentar y acrecentar su capital en el RAIS, por lo cual al ordenarse trasladar estos gastos de administración se estaría efectuando un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES S.A.

Solicita se tenga en cuenta que su representada dentro del presente asunto siempre ha actuado de buena fe cumpliendo con los parámetros establecidos para el primer momento del traslado del actor reiterando la exigencia únicamente del formulario de afiliación y el otro la información de manera verbal que se le dio (*Audio archivo 30 expediente digital, record: 1:43:05)*[1]

[1] **Apoderado PORVENIR:** Su señoría muchas gracias, bueno de la manera más respetuosa y estando dentro de la oportunidad procesal pertinente, procedo a interponer recurso de apelación ante el honorable Tribunal Superior de Bogotá sala laboral en contra de la sentencia que acaba de proferir el honorable despacho, en contra pues, recurso de apelación pues en contra de toda la decisión. Lo anterior en el siguiente sentido.

Lo primero sea pues poner de presente nos apartamos de la declaratoria de ineficacia del traslado del demandante, lo anterior pues teniendo en cuenta que para el momento en el cual el actor tomó la decisión de vincularse con HORIZONTE hoy PORVENIR S.A, por parte de mi representado PORVENIR se requerían dos pruebas necesarias, o las únicas dos pruebas que se requerían era que la constancia de la plena validez de la entrega de esa información, del conocimiento de los requisitos para poderse pensionar, de las diferencias de uno u otro régimen, constara a través de que, de la información suministrada de manera verbal, y que esa información o constancia de ello, quedara plasmado con la suscripción del formulario de afiliación del actor, como sucedió en el presente asunto.

Lo primero teniendo en cuenta que, para la declaratoria de la ineficacia del despacho (sic), me aparto respetuosamente de la misma, porque como quedó demostrado en el interrogatorio de parte al actor se le dieron requisitos y diferencias grandes entre uno u otro régimen, como bien lo manifestó el despacho en la motivación al decir que pues se le hablo del capital necesario, como quedó comprobado en el interrogatorio, para poderse pensionar de manera anticipada y estos aportes que ha efectuado podrían ser heredados en el evento que se llegase a fallecer. Situaciones que pues nos deja de presentes que en efecto que son tres características diferenciadoras del régimen de prima media con prestación definida, pero si lo anterior, no resultó necesario como respetuosamente lo manifestó que el juzgado dijo que no se ilustró sobre las ventajas y beneficios en el régimen de prima media que se le daban o que no se suministró al actor para desestimar esa vinculación con HORIZONTE hoy PORVENIR S.A, lo cierto es que dentro del presente asunto es claro que pues poner de presente que las diferencias grandes entre el régimen de prima media y el RAIS, es que en el primero los requisitos fundamentales son la edad y las semanas para poderse pensionar, lo cual pues en efecto el actor manifestó que si sabía cuáles eran los requisitos que se necesitaban para pensionarse en el régimen de prima media , esos dos requisitos son las diferencias, las más importantes en relación con el RAIS, pues como ya lo manifesté en el régimen de ahorro individual con solidaridad se requiere es de capital, del capital necesariamente para poderse pensionar, y pues adicionalmente que se puede pensionar de manera anticipada y esos montos que tenía pueden ser heredados.

Pero, no obstante, ruego también al Honorable Tribunal superior de Bogotá, se tenga en cuenta que al actor al hacer énfasis en estos dos argumentos que he manifestado, lo cierto es que también se le informó sobre ese beneficio que tendría o de ese beneficio no, se le habló de una cuenta de ahorro individual para el momento del traslado.

Y no menos importante es que el despacho manifestó en su tesis del fallo, que no se cumplió esos presupuestos que se han venido hablando de los actos de relacionamiento por la Corte Suprema de Justicia, sala de descongestión Laboral, lo cierto es que dentro del presente asunto también se configuró y se demostró que en efecto existieron actos de relacionamiento, los actos de relacionamiento quedaron demostrados a la pregunta que se le hizo al actor si había recibido el estado de sus aportes y si podía visualizar la información de los mismos, lo cual pues nos deja de presente que si bien es cierto no solicito clave, no solicito la modificación de clave, o actualización de datos personales, lo cierto, porque no los solicitó, porque en efecto pues no los ha cambiado en el transcurso que ha durado vinculado con mi representada. Pero no menos importante esta tesis del juzgado vuelvo y reiteró, si se dio la tesis de los actos de relacionamiento con esos reportes que se le envía por parte de mi representada PORVENIR S.A sobre su estado de cuenta.

Así mismo pues también ruego se tenga en cuenta por el Honorable tribunal superior de Bogotá sala laboral se tenga en cuenta para declarar la ineficacia del traslado en la medida que el actor como bien lo manifestó el despacho, ya se encuentra inmerso en la prohibición de poder regresar cuando se cuenta con menos de 10 años al régimen de prima media con prestación definida, situación está que pues del presente proceso se configura, por cuanto no hay lugar a confirmar esa declaratoria de la ineficacia.

Pero si lo anterior no resulta digamos necesario, hago énfasis si el actor si sabía pues para el momento en el cual se trasladó que estaba efectuando un traslado de régimen pensional, como el mismo lo manifestó en la pregunta número uno, que se le acercó el asesor de PORVENIR S.A, y se le manifestó que estaría haciendo un cambio de régimen pensional, que se le dieron unos beneficios y si bien es cierto, el actor dice que no, que los beneficios eran simplemente que podía heredar la pensión, que se podía pensionar de manera anticipada, lo cierto es que pues a la pregunta que le hizo el apoderado de COLPENSIONES, si se le entrego la cartilla de los requisitos y la información, pues manifestó que no se, que si pero luego que no se le había entregado la misma, sino que en efecto se le había dado esa información de manera verbal, a lo cual se le requirió por el apoderado de COLPENSIONES para que manifestará lo anterior o ampliará su respuesta y simplemente se limitó a decir lo que ya había respondido en su pregunta número uno, que le hizo este apoderado de PORVENIR S.A.

Pero no menos importante también ruego al Honorable tribunal superior de Bogotá sala laboral, ruego que se tenga en cuenta que como lo he manifestado no hay lugar a declarar la ineficacia, así mismo pues a declarar ningún tipo de nulidad, pues como bien lo manifestó el despacho al inicio de la motivación de la sentencia, este tipo de proceso se deben abordar desde varios aspectos, desde el aspecto pensional, como el aspecto financiero, como el aspecto civil, y el aspecto comercial, lo cual nos deja entredicho que dentro del presente asunto no se configuró en primera medida ningún tipo de nulidad, que por vicio del consentimiento como el error, fuerza o dolo, así mismo no se configuró dentro del proceso asunto como lo deje manifestado en los alegatos de conclusión, se haya efectuado este traslado sobre un objeto o causa ilícita, lo anterior pues como quedó demostrado esto es totalmente permitido por la legislación colombiana para el momento del traslado del actor.

Así mismo, en cuanto a la numeral tercero del, donde se ordena a mi representada a devolver todas y cada uno de los valores de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y gastos de administración, lo cierto es que con, al no configurarse esa ineficacia del traslado pues no hay lugar a devolver estos valores, porque el demandante como quedó demostrado en el presente asunto y con el interrogatorio de parte si recibió las características propias de uno y otro régimen y las consecuencias del mismo, y cuáles eran las diferencias para pensionarse en uno u otro régimen.

No obstante, en el evento en que el tribunal superior decida mantener su decisión o la decisión del a quo, ruego se revoque lo concerniente a los gastos de administración, lo anterior en la medida que pues que no se puede desconocer que conforme viene señalado en el numeral 2, del artículo 20 de la ley 100 de 1993, los gastos de administración no solo son digamos una deducción que hace las AFP, en este caso PORVENIR S.A, sino también es una deducción que hace el régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, lo cual pues no es digamos un capricho por parte de PORVENIR S.A , sino que producto de esta deducción se ha logrado que el actor tenga unos rendimientos como él mismo lo manifestó que si se generaban unos rendimientos, diferencia también del régimen de prima media con prestación definida, se generaron unos rendimientos a favor del actor, lo cual ayudo a aumentar y acrecentar su capital en el RAIS, por lo cual al ordenarse trasladar estos gastos de administración se estaría efectuando un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES S.A (sic), pues lo anterior como lo he manifestado también se hubieses causado en este régimen.

A su turno, COLPENSIONES peticiona se modifique la sentencia y en su lugar, se condene a la AFP PORVENIR a tratar al afiliado con las reglas del régimen de prima media como consecuencia a la falta de información en la que incurrió al momento de afiliar al demandante, pues con la decisión tomada por el *a quo* se afecta gravemente los derechos de COLPENSIONES, quien se ve obligado de aceptar la afiliación, actualizar su historia laboral y reconocer la prestación pensional cuando se cumple con los requisitos del afiliado, es decir, COLPENSIONES está siendo condenada por un hecho que no cometió, sin que existía una causa generadora que pruebe que la entidad que representa fue la causante del traslado y la falta de información durante la afiliación al RAIS, radicando en éste punto radica el verdadero daño financiero que se le ocasiona a COLPENSIONES, como un tercero de buena fe en el trámite de traslado, reiterando debe ser el fondo privado el trate al afiliado conforme al régimen de prima media para cálculos pensionales.

Aduce que la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual no suple el hueco financiero y el daño ocasionado a COLPENSIONES pues los valores destinados a seguros previsionales, fondo de garantía de pensión mínima y fondo de solidaridad pensional, generalmente quedan en el aire, y no existe garantía para COLPENSIONES de recuperar esos valores que disminuyen el capital ahorrado. *(Audio archivo 30 expediente digital, record: 1:55:11)*[2]

Así pues también ruego al tribunal superior de Bogotá sala laboral, se tenga en cuenta que mi representada dentro del presente asunto siempre ha actuado de buena fe cumpliendo con los parámetros establecidos para el primer momento o en el primer momento del traslado del actor como lo ha manifestado la honorable Corte, y pues en ese primer momento se requería que esa información se entregara pues por dos, en constancia de ello a través de dos medios, uno a través del formulario y el otro pues de la información de manera verbal, pero no menos importante es que mi representada lo que garantizo es que continuará en el régimen de pensional, por lo cual no se puede endilgar o tener de presente el artículo 13 y 271 de la ley 100, lo anterior, en la medida que esto nos habla de la invalidez de la afiliación en el evento que no se cumpla con el requisito, y cuál es el requisito pues el diligenciamiento o la firma del formulario de afiliación y que no se, digamos habla en el momento en que no se le permita el ingreso al sistema pensional, se incurrirá en unas sanciones en contra de la persona natural o jurídica que genere estos actos atentatorios, situación ésta que no se configuró dentro del presente asunto. Lo anterior, en la medida que al manifestar o al tener como tesis por la honorable Corte suprema de justicia sala laboral, estos dos artículos cambiaron la posición de la misma, haciendo digamos que más exigibles esos requisitos, requisitos no sino constancias, dejar constancias que se le entregó esa información al actor, por lo cual mi representada no sabía que esas constancias aumentarían en el sentido de dejar las misma a través de otro tipo de documento, lo cual pues actuó de buena fe por parte HORZONTE PORVENIR S.A, al cumplir con los requisitos que he señalado anteriormente.

En estos términos ruego tribunal superior de Bogotá sala laboral se revoque la sentencia aquí dictada por el honorable despacho, y en el caso de mantenerse la mis se revoque la condena al traslado de la condena de gastos de administración conforme a lo anteriormente expuesto. Su señoría muchísimas gracias."

[2] **Apoderado COLPENSIONES:** Si doctor, muchas gracias. Estando dentro de la oportunidad legal correspondiente procedo a presentar recurso de apelación, en contra de la decisión que acaba de proferir. Ahora me dirijo a los magistrados del tribunal superior de Bogotá, solicito se modifique una, solicitud especial, se modifique la sentencia que se acaba de dictar, y en su lugar, se condena a la AFP PORVENIR a tratar al afiliado con las reglas del régimen de prima media como consecuencia a la falta de información en la

que incurrió al momento de afiliar al demandante. En el presente punto es importante exponer el daño material generado a COLPENSIONES en los proceso de ineficacia del traslado, para ello tenemos que en Colombia existen miles de proceso ordinarios laborales tendientes a declarar la ineficacia o nulidad del traslado de régimen pensional realizado por los afiliados desde el régimen de prima media administrado hoy por COLPENSIONES al régimen de ahorro individual administrado hoy en la actualidad por la AFP PORVENIR, COLFONDOS, PROTECCIÓN, SKANDIA, deduciendo vicio en el consentimiento por la falta de información o de buen consejo, falta de disposición de ventajas o desventajas, de sentencias condenatorias donde mi representada COLPENSIONES se ve obligada a recibir y afiliar al demandante o a los demandante junto con los aportes que se encuentra en la cuenta de ahorro individual, y como consecuencia de ello una vez cumplidos los requisitos del afiliado COLPENSIONES debe asumir una prestación pensional.

Entendida la problemática anteriormente expuesta este apoderado luego de un estudio de análisis de los casos de nulidad e ineficacias ha concluido que la sentencia condenatoria, que la sentencia condenatoria que ordena a COLPENSIONES a recibir a los afiliados del RAIS imparte una justicia incompleta o parcialmente desacertada, ya que reconoce el derecho del afiliado a retornar al régimen de prima media, pero dicha decisión afecta gravemente los derechos de COLPENSIONES, quien se ve obligado de aceptar la afiliación, actualizar su historia laboral y reconocer la prestación pensional cuando se cumple con los requisitos del afiliado, es decir, COLPENSIONES está siendo condenado por un hecho que no cometió, o mejor dicho sin que existía una causa generadora que pruebe que la entidad que represento fue el causante del traslado y la falta de información durante la afiliación al RAIS.

Para comprender lo anterior, es importante tener claro señores magistrados, que radica o significa simplemente en la virtud de dar a cada quien su derecho, o puede definirse también como la excelencia por la que cada uno tiene lo suyo, entendido lo anterior, señores magistrados nos corresponde traer el concepto de justicia al presente proceso de nulidad, ineficacia por lo que debemos preguntarnos los siguiente: es justo que se condene a COLPENSIONES a recibir la afiliación del demandante, si se prueba que existió misión y buen consejo por parte del fondo privado, para esta representación no es justo que se condene a COLPENSIONES a recibir los aportes del demandante, por cuanto no fue la causante del traslado al RAIS, ni incentivo al demandante para que se desafiliara del extinto Instituto de los Seguros Sociales, entonces al no haber un hecho generador o una prueba indique o infiera que COLPENSIONES hizo incurrir en error a la actora, no puede ser posible la condena de recibir los aportes de la cuenta de ahorro individual por existir otras formas de restablecer el derecho del demandante sin que se afecte a la entidad que represento. Conforme a lo anterior, los magistrados que conocen, que fueran a conocer el presente caso, puede asumir una decisión más ajustada para que sea revisada en primer lugar por los Tribunal y posteriormente por la Corte y posiblemente pueda implementarse una nueva línea o precedente jurisprudencial que re direccione las condenas en los procesos de nulidad a los fondos privados que causaron la desinformación de los afiliados.

La regla general del RAIS se caracteriza por reconocer pensiones conforme al total del capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual del afiliado, sin embargo, debe implementarse nuevas condenas que asuman la realidad de la omisión, y como consecuencia el fondo privado trate al afiliado conforme al régimen de prima media para cálculos pensionales, siendo esta la consecuencia de actuar al momento de afiliarse al régimen de prima media. Por lo tanto, las condenas podrían modificarse señores magistrados de la siguiente manera, podrían modificarse de la siguiente manera, como se demostró durante del proceso la omisión en la falta de información por parte del fondo privado, en este caso AFP HORIZONTE hoy AFP PORVENIR, quien sea este fondo quien deba asumir como excepción a la norma y por vía de mandato judicial que se trate al afiliado conforme a la reglas del régimen de prima media, incluyendo el reconocimiento de la pensión como una excepción. El presente fundamento tiene una función primordial señores magistrados, y extraordinaria de proteger los dineros que se encuentran en la bolsa común de COLPENSIONES que corresponde a todos los afiliados del régimen de prima media, lo anterior, se ha venido afectado seriamente como consecuencia de las miles sentencias condenatorias derivados de los proceso de ineficacias que ordena el traslado de la cuenta del ahorro individual, para luego generar posteriormente el reconocimiento de la pensión de vejez, que no tuvo sustentada por la cotización continua y periódica, afectando el sistema piramidal que otorga COLPENSIONES, por nacer de la bolsa común. Por lo tanto, allí radica el verdadero daño financiero que se le ocasiona a COLPENSIONES, como un tercero de buena fe en el trámite de traslado.

Por lo tanto, la sentencia de primera instancia que decidió la presente nulidad y traslado, que ordene el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES, junto con los gastos de administración indexados, sin embargo, ello no suple el hueco financiero y el daño ocasionado a COLPENSIONES por los valores destinados a seguros previsionales, fondo de garantía de pensión mínima, fondo de solidaridad pensional, generalmente quedan en el aire, y no existe garantía para COLPENSIONES de recuperar esos valores que disminuyen el capital ahorrado, en el presente caso el demandante se encuentra afiliado en la AFP PORVENIR desde su afiliación inicial hasta la actualidad, haciendo cotizaciones en el RAIS dejando de ser utilizadas dichas cotizaciones para cubrir las pensiones de las personas mayores que cumplieron los requisitos, afectando el ciclo piramidal, que consiste en que las cotizaciones de pensiones de las personas activas laboralmente son utilizadas para cubrir de las pensiones de las personas que cumplieron

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 (*Páginas 3 y 4, archivo 2 Expediente Digitalizado),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 1 a 3 ibídem),* aspirando de manera principal se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado y de afiliación con la AFP PORVENIR, en consecuencia se trasladen todos los aportes, junto con sus rendimientos a COLPENSIONES, ordenando a ésta entidad activar su afiliación en el RPM y aceptar y recibir el traslado de los aportes, costas del presente proceso y agencias en derecho, condenas *ultra y extra petita.* **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por el actor a PORVENIR, declaró válidamente vinculado al 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 del demandante, junto a sus rendimientos y costos cobrados por concepto de administración durante el lapso que permaneció en

---

los requisitos para pensionarse, inclusive en muchos casos COLPENSIONES está siendo condenada en costas procesales y agencias en derecho por dicho tema.

Señores magistrados lo anterior, ha sido visualizado en múltiples sentencias del Tribunal al indicar lo siguiente en sus decisiones "Finalmente se considera que hay lugar a adicionar en la sentencia, en el sentido declarar que COLPENSIONES puede obtener, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la prestación pensional del demandante el momento no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el fondo de pensiones del demandado. "dicha decisión fue tomada en sentencia de segunda instancia con radicado 30 2019 279, notificado por edicto del 17 de enero de 2022, caso del demandante Félix Ricardo Cosio Molano. Solicito a los honorables magistrados que verifiquen ese caso.

Lo anterior confirma que a COLPENSIONES se le ha causado un perjuicio económico con cada una de las sentencias económicas que tratan las nulidades e ineficacias del traslado, sin embargo, la decisión de autorizar a mi representada de reclamar vía judicial dichos perjuicios, sigue afectando los intereses financieros de COLPENSIONES porque estaría obligada a pagar los honorarios de los profesionales del derecho para perseguir dichos perjuicios, generando más perdidas de dinero y gasto de tiempo para mi representada. Entonces, con el fin de parar la afectación económica generada a COLPENSIONES en cada una de las sentencias condenadas en esta materia, es que urge la decisión de condenarse a los fondos privados, siempre que se demuestre la omisión de la información para que asuman estos como consecuencia de su error, la afiliación de la actora conforme a las reglas del régimen de prima media y se absuelva a COLPENSIONES de ahora en delante de recibir el traslado como consecuencia de una orden judicial.

En consecuencia, de todo lo expuesto podremos preguntarnos señores magistrados, realmente se está haciendo justicia cuando al reconocer los derechos del demandante se afecta los derechos de COLPENSIONES, cuando este no tuvo injerencia en el trámite del traslado, conforme a ellos solicito se revise la posibilidad de implementar esta línea jurídica, y en caso de probarse la omisión del fondo privado, se condena a PORVENIR a tratar al afiliado conforme a las normas del régimen de prima media, inclusive para el cálculo de la pensión, cuando este cumpla los requisitos. De esta forma dejo expuesto el presente recurso de apelación. Muchas gracias.

dicho régimen, esto es desde el 1° de noviembre del 2004 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 del 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 demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con el demandante, al momento del traslado, precisando no le explicó las consecuencias de su traslado, aunado a que el formulario no constituye prueba de la información proporcionada.

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, se tiene como fecha de nacimiento del actor el 27 de enero de 1960 *(Conforme se registra en la historia laboral expedida por Porvenir Página 2, Archivo 3 Expediente Digitalizado),* por lo que la edad de 62 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2022, procediendo a solicitar su traslado mediante las peticiones elevadas ante PORVENIR y COLPENSIONES el 25 de noviembre del 2019 *(páginas 6 y 7 Archivo 3 expediente digital)*, esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho

[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".*

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 151.57 semanas cotizadas al sistema que corresponden a 2 años, 11 meses y 11 días *(Página 73, archivo 14expediente digital Historia Laboral válida para bono pensional),* 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 **28 de septiembre del 2004** con fecha de efectividad a partir del **1° de noviembre del 2004** *(Página 71 y 94, archivo 14 expediente digital)* por afiliación que hiciera a HORIZONTE 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:*

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

> *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 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[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

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 (…)"*

---

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.

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 (Audio Archivo 30 record: 15:39) 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 el fondo tenía mayor liquidez, además, que podría pensionarse a una edad menor a la establecida en la Ley, la posibilidad de realizar aportes voluntarios, y que tendrían mayor estabilidad dada la liquidación en su momento del ISS, sumado a los rendimientos que se generaría, pero de manera alguna le indicaron sobre las modalidades pensionales en el RAIS, requisitos para pensionarse anticipadamente, entre otros aspectos, situación que en manera alguna puede entenderse, como lo alega PORVENIR en la alzada, que el actor conocía dicho régimen pensional y menos aún, las implicaciones de su traslado.

Nótese, de lo relatado por el demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que 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, precisándose, aunque el demandante adujo conocer aspectos como la existencia de los rendimientos financieros y la creación de la cuenta de ahorro individual, entre otras características de dicho régimen, de su versión resulta claro que es el conocimiento que tiene a la fecha en que rindió el interrogatorio de parte pues hizo alusión a que para la data del traslado -2004-, no le fue entregada esa información.

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 (*Página 71 Archivo 14 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 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.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones HORIZONTE hoy PORVENIR 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 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, 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 2004, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR 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 HORIZONTE hoy PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen **(28 de septiembre del 2004, efectivo el 1 de noviembre de ese año),** 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.

Por otro lado, 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.

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 por PORVENIR en su apelación, esta Sala de decisión se permite señalar al impugnante, que el hecho de haber recibido el actor los extractos de sus aportes pensionales, no se puede entender como una ratificación de la voluntad de permanecer en el RAIS ni constituyen actos de relacionamiento como lo sugiere en la alzada.

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 afiliado el actor (ver certificación página 70 archivo 14 expediente digital), del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y gastos de administración, como también la activación de su afiliación por parte de COLPENSIONES 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 al demandante como su afiliado, por lo que no resulta viable como lo sugiere en su apelación que sea PORVENIR la que tenga como afiliado al demandante con las reglas del régimen de prima media como consecuencia a la falta de información en la que incurrió al momento de la afiliación.

Debe precisarse, ante un nuevo estudio del tema y atendiendo la recomposición de ésta Sala de Decisión se adicionará el numeral tercero del fallo de primer grado, en cuanto a que además de la devolución de los rendimientos y gastos de administración, PORVENIR también deberá retornar las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia[6], los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en

[6] Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.

seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades[7], por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial.

Igualmente se dispondrá que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Ahora, con relación a la orden de disponer el pago debidamente indexado, 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, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, y su imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

Así lo adoctrinó recientemente la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL359 de 2021, reiterada en la SL859 de 2021. En la primera providencia anotada, el órgano de cierre de esta jurisdicción consideró:

> *"**Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.***
>
> *En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibídem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.*

[7] Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

> *Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real."* (Negrillas de la Sala).

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 otro lado y en punto a la apelación de COLPENSIONES, téngase en cuenta en autos no tiene relevancia la financiación del sistema o que el convocante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues 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 del demandante.

Advirtiéndose 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 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 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 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] *(Páginas 9 y 10, archivo 19 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.

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 adicionará conforme a lo expuesto y 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: ADICIONAR el numeral **TERCERO** del fallo de primer grado, para ordenar a PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES además de los gastos de administración y rendimientos, las comisiones, las primas de seguros

[8] Se tuvo por contestada la demanda en auto del 8 de junio del 2021, archivo 22 expediente digital.

previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente **indexados** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora, conforme lo considerado.

SEGUNDO: DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

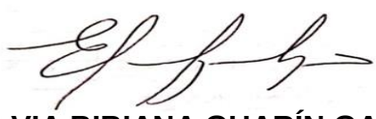
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ANA EVANGELINA ORTIZ GUZMÁN CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- (RAD 30 2020 00406 01)

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandada (fls 5 a 7), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, con fundamento en el artículo 13 numeral primero de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022 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 COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de Consulta en su favor, contra la sentencia proferida por el Juez 30 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 16 de febrero del 2022 (Audio Archivo 20, record: 51:49), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: CONDENAR** a la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES a reconocer la pensión de vejez de la señora ANA ENVANGELINA ORTIZ GUZMAN identificada con la cedula de ciudadanía No. 51.663.653 reconocida mediante la Resolución No. SV139268 del 30 de junio de 2020 a partir del primero de marzo del 2020 y no como quedo allí consignada 1 de julio del 2020.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES a pagar a la señora ANA ENVANGELINA ORTIZ GUZMAN por concepto de retroactivo por lapso del 1 de marzo al 30 de junio del 2020 la cantidad de 27.611.588 pesos.*

> ***TERCERO: CONDENAR** a la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES a pagar a la señora ANA ENVANGELINA ORTIZ GUZMAN por concepto de intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993 los que se causen sobre cada mesada adeudada desde el 25 de enero de 2021 y su liquidación cuando se haga efectivo su pago*
>
> ***CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas*
>
> ***QUINTO: ABSOLVER** a la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra.*
>
> ***SEXTO: CONDENAR** EN COSTAS la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES incluyendo por concepto de agencias en derecho a favor de la parte actora la suma de 800.000*
>
> ***SÉPTIMO:** Consúltese ante la Honorable Tribunal superior de Bogotá la presente decisión por salir adversa las intenciones de Colpensiones**”***

Inconforme con la decisión el apoderado de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación en relación con la fecha en que empiezan a correr los intereses moratorios, hizo referencia a diversos pronunciamiento s de tutela, donde se indica su procedencia a partir del sexto mes contados a partir de la radicación de la solicitud de reconocimiento pensional, por lo que, si la solicitud del demandante fue el 25 de septiembre de 2020, los intereses empezarían a correr a partir del 25 de marzo de 2021 y no del 25 de enero como señaló el juzgado.

De otro lado, solicitó se revoque la condena en costas impuesta, teniendo en cuenta que el artículo 48 de la Constitución Política establece que no se pueden destinar los recursos de las instituciones de seguridad social para fines diferentes a ella. También puso de presente que la sentencia fue parcialmente favorable a la pare demandante y por ello es procedente que no se imponga condena en costas, como lo permite el artículo 365 C.G.P. (Audio Archivo 20, record: 51:49[1])

---

[1] ***Apoderado COLPENSIONES:** en contra la sentencia que acaba de emitir el despacho, en primer lugar va dirigida a desestimar el tema y los términos expuestos en donde empiezan a partir a correr los intereses moratorios, la sentencia que acaba de dictar indica que los intereses moratorios empiezan a correr a partir del 25 de enero de 2021porque esto los cuatro meses de la solicitud de pensión que se hizo el 25 de septiembre 2021, sin embargo en el presente caso cuando se pretende reconocimiento de pago de intereses moratorios de parte de Colpensiones deberá darse aplicación a lo dispuesto en la sentencia SL-4338 DE 2019,T-586 del 2012 y Sentencia C-601 del 2000 que tratan dicho tema por lo tanto y en caso de intereses moratorios proceden a partir del 6 mes contados a partir de la radicación de la solicitud del reconocimiento 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 ANA EVANGELINA ORTIZ GUZMAN, las pretensiones elevadas en el Archivo 02 del expediente digital página 1, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados en la página 2 ibídem, solicitando principalmente se condene a COLPENSIONES a reliquidar la pensión de vejez, teniendo en cuenta 1.811 semanas cotizadas aplicando lo dispuesto en la ley 100 de 1993 modificada por la ley 797 de 2003; en consecuencia, se condene a la demandada a reconocer y pagar la diferencia generada entre las mesada pagadas y la reliquidación que se ordene, desde el 13 de mayo de 2019; se condene al pago de intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, las costas del proceso y lo ultra y extra petita. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones** pues se condenó a COLPENSIONES a reconocer la pensión de vejez a la demandante a partir del 1° de marzo de 2020; a pagar el retroactivo pensional causado entre el 1° de marzo y el 30 de junio de

---

también de conformidad con lo establecido en la sentencia T-5800 del 2013, 1024 del 2004 y SU-065 del 2018 por lo tanto tenemos que si la solicitud se hizo el 25 de septiembre del 2020 pues los intereses deberían empezar a correr a partir del sexto mes, esto sería a partir del 25 de marzo de 2021 y no del 25 de enero del 2021 como lo dispuso el despacho.

Por otra parte lo que respecta a la condena en costas impuesta por el juzgado es importante que se considere respecto de la aceptación de los hechos y pretensiones de la demanda se solicita la revocatoria de la condena en costas todas vez que el artículo 48 de la constitución política en su cuarta parte dice que no se podrán destinar los recursos de las instituciones de seguridad social para fines diferentes a ella, igualmente el artículo 365 de Código general del proceso respecto a la condena en costas indica que "En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: (...)En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión" en el presente caso señor magistrado se evidencia que la victoria no fue total si no parcial de parte de la actora porque en principio la demanda iba dirigía una reliquidación y como segunda pretensión al retroactivo pensional por lo tanto pues no salieron favorables todas las pretensiones de la demanda por lo tanto solicito encarecidamente que se estudie la revocatoria de la presente condena en costas impuesta de esta forma señores magistrados dejo expuesta el recurso de apelación presentado contra la sentencia que acaba de proferir el juzgado 30.

2020 y los intereses moratorios desde el 25 de enero de 2021 hasta cuando se pague el retroactivo pensional y las costas del proceso, pero no se accedió a la reliquidación solicitada. Lo anterior tras considerar que la tasa de reemplazo que aplicó la demandada se ajusta a derecho y la liquidación efectuada por el juzgado arrojó como primera mesada una suma ligeramente inferior a la determinada por Colpensiones, razón por la que determinó la improcedencia de la reliquidación. Encontró que la última cotización de la demandante correspondió al ciclo de febrero de 2020 y por tal motivo la prestación debió reconocerse a partir del ciclo siguiente, es decir marzo de 2020. Además, recordó que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, determinó la procedencia de los intereses moratorios sobre retroactivo pensional. Negó la pretensión relativa a la indexación y declaró 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 139268 del 30 de junio de 2020 (expediente digital, archivo 04.anexos.pdf páginas 17 a 25), acto administrativo en el que se señaló como IBL $9’169.630 y una tasa de reemplazo del 75.28% para un valor de mesada pensional de $6’902.897 a partir del 1° de julio de 2020.

En este orden de ideas como quiera que no fue objeto de reproche en esta sede, lo atinente al ingreso base de liquidación, la tasa de reemplazo y el monto de la primera mesada pensional, que el juez a quo encontró acreditados, en los precisos términos que estableció COLPENSIONES en la resolución reconocedora de la prestación, teniendo en cuenta que este asunto se conoce en consulta a favor de la traída a juicio, procede determinar la procedencia del retroactivo pensional y los intereses moratorios, conceptos por los que impartió condena el juez singular.

En esa dirección, puede advertirse, del contenido de la Resolución SUB 139268 de 30 de junio de 2020, que la última cotización efectuada a favor de la demandante, la hizo el empleador SERVIOLA S.A. para el ciclo de febrero de 2020, hecho que se corrobora con la historia laboral expedida por COLPENSIONES (expediente digital, archivo 04.anexos.pdf páginas 3 a 14), solicitando la demandante el reconocimiento de la prestación el 13 de febrero de

2020, pero a pesar de ello, la enjuiciada reconoció la pensión a la actora a partir del 1° de julio de 2020 argumentando que el empleador (SERVIOLA S.A.) no acreditó la novedad de retiro.

Así, en consideración a que la situación pensional de la actora fue definida con fundamento en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003 aspecto no debatido en el trámite procesal-, resulta aplicable en autos el artículo 17 modificado por el 4 de la Ley 797 del 2003 el cual 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, si bien el retiro del sistema es requisito necesario para el disfrute del derecho pensional, ha sido criterio de la Sala, respaldado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia con radicación 35605, que deben examinarse las circunstancias especiales que rodean cada caso con el fin de establecer la fecha de desafiliación o retiro del afiliado. Tal posición fue reiterada en sentencia SL 5603 del 6 de abril de 2016, proferida dentro de la Radicación No.47236[2].

---

[2] *"El problema jurídico que debe dilucidar la Corte se contrae a determinar si la interpretación de lo dispuesto en los arts. 13 y 35 del A. 049/1990, no admite otro entendimiento diferente a que, bajo cualquier circunstancia, el disfrute de la pensión está condicionado a la desafiliación formal del sistema.*

Es cierto que la aplicación del método interpretativo gramatical o textual arroja el resultado señalado por el recurrente, en el sentido que la percepción de la pensión está supeditada a la desvinculación del régimen, lectura que ha sido ampliamente respaldada por la jurisprudencia de esta Corporación.

No obstante lo anterior, esta Sala, en situaciones particulares, en las cuales la utilización de la regla de derecho de la interpretación textual ofrece soluciones insatisfactorias en términos valorativos, ha acudido a otras alternativas hermenéuticas para dar respuesta a esos casos que, por sus peculiaridades, ameritan una solución diferente.

Así, por ejemplo, en tratándose de eventos en los que el afiliado ha sido conminado a seguir cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocer la pensión, que ha sido solicitada en tiempo, la Corte ha estimado que la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se han completado los requisitos (CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798).

También, en contextos en los cuales la conducta del afiliado denota su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema, se ha considerado que la prestación debe ser pagada con antelación a la desafiliación formal del sistema (CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35605; CSJ SL4611-2015, en esta última, si bien fueron consideraciones efectuadas en sede de instancia, la Corte ahora las reitera en sede de casación).

En este orden, podría decirse que si bien la regla general sigue siendo la desvinculación del sistema como requisito necesario para el inicio de la percepción de la pensión, existen situaciones especiales que

Así pues, de acuerdo al consolidado de semanas de cotización se tiene que la demandante efectuó cotizaciones en calidad de trabajadora dependiente hasta el mes de febrero de 2020, procediendo a solicitar para ese mismo mes y año, por lo que a juicio de la Sala, en armonía con la jurisprudencia citada, al margen de que se encuentre o no la novedad de retiro, dado que para la fecha en que se solicitó el reconocimiento pensional la promotora del litigio ya reunía los requisitos necesarios para acceder al derecho, el reconocimiento de la pensión de la señora ANA EVANGELINA ORTÍZ GUZMÁN procedía a partir del día siguiente a su última cotización –marzo del 2020- atendiendo que para tal calenda ya había cumplido la edad de 57 años y superaba las 1300 requeridas por la Ley 100 de 1993 con su modificación.

---

ameritan reflexiones igualmente particulares, y que deben ser advertidas por los jueces en el ejercicio de su labor de dispensar justicia.

Este ejercicio de búsqueda de soluciones proporcionales y coherentes valorativamente, no implica una transgresión a las reglas metodológicas de interpretación jurídica. Antes bien, parte del correcto entendimiento que la utilización de las reglas interpretativas excluye su aplicación aislada y descontextualizada de los elementos externos. Además, en el sistema legal, la hermenéutica jurídica no se agota en la gramática o el análisis del lenguaje de los textos, pues existen otros métodos igualmente válidos que deben ser conjugados y armonizados para desentrañar el contenido de las disposiciones legales.

En este sentido, mal haría el juzgador, excusado en que la norma es «clara» y en la idea errada subyacente de la infalibilidad del legislador, llegar a soluciones abiertamente incompatibles y desalineadas frente a lo que constituye el marco axiológico del ordenamiento jurídico. Por esto, un adecuado ejercicio hermenéutico debe integrar las distintas reglas de interpretación y los factores relevantes de cada caso, en procura de ofrecer soluciones aceptables y satisfactorias.

Así las cosas, en el sub examine, el Tribunal no se equivocó al generar un espacio en favor de una lectura distinta a aquella según la cual el retiro formal del sistema es condición necesaria para el disfrute de la pensión. Su conducta, consistente en revisar las peculiaridades del caso sometido a su escrutinio, es en un todo aceptable, pues como en innumerables oportunidades lo ha reiterado esta Sala «si bien, los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, consagra necesaria la desafiliación del sistema para que pueda comenzarse a pagar la pensión de vejez, ante situaciones que presentan ciertas peculiaridades, como en este evento quedó demostrado, la aplicación de dichas normas debe ajustarse a las especiales circunstancias que emergen del plenario» (CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514, reiterada en CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798).

Ahora bien, en lo relacionado concretamente con la interpretación a la que se adscribió el ad quem y que denominó «teoría de la desafiliación tácita del sistema», cumple agregar que su denominación no es la más afortunada, pues más que un acto tácito de desafiliación, corresponde a la verificación de la voluntad del afiliado de no seguir vinculado con el régimen de pensiones. Sin embargo, esta imprecisión terminológica o de acento, no le resta contenido sustancial a ***los argumentos del Tribunal en virtud de los cuales, dedujo que la intención del actor de no seguir afiliado al sistema es constatable desde el momento en que dejó de cotizar y solicitó el pago de la prestación o de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.***

El anterior razonamiento a juicio de esta Sala, tiene cabida en el marco de lo previsto en los arts. 13 y 35 del A. 049/1990, pues estas disposiciones admiten un entendimiento conforme al cual la voluntad del afiliado de no continuar afiliado al sistema, manifestada mediante actos externos, es un parámetro válido para establecer la fecha de inicio de disfrute de la pensión. *(Negrilla y subrayado fuera de texto)".*

Razones por las cuales el reconocimiento de la pensión de la promotora del litigio debió ser a partir del **1° de marzo de 2020**, día siguiente al de la última cotización efectuada, pues fue desde ese instante que se evidenció la voluntad de la demandante de no continuar afiliada al sistema, voluntad manifestada mediante actos externos como el no seguir efectuando aportes y solicitar el reconocimiento de su prestación pensional, parámetros válidos para esta Sala de decisión en torno a establecer la fecha de inicio de disfrute de la pensión, confirmándose en este punto la decisión del fallador de primera instancia. En este mismo sentido se ha pronunciado la Máxima Corporación en las sentencias SL 3249 Rad. 53903 del 9 agosto del 2018[3], SL 4104 Rad. 66214 del 15 agosto del 2018[4] y SL 3657 Rad. 51196 del 29 agosto del 2018[5].

---

[3] *Precisado lo anterior, la Sala advierte que la consideración jurídica del ad quem en cuanto a que es posible derivar el retiro del sistema, de algunos actos exteriorizados por el demandante que den cuenta que su verdadera voluntad es acceder al status pensional (retiro tácito), resulta acertada y se ajusta al criterio actual de esta Corporación, en torno a la determinación excepcional de la fecha de disfrute de la pensión a la luz del artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990.*

En efecto, por regla general, para poder disfrutar de la prestación por vejez, en necesario que se acredite la novedad de retiro del sistema. Sin embargo, este criterio se ha morigerado en algunos casos en los que, por sus particularidades, ha ameritado una solución diferente. Por ejemplo, cuando el afiliado ha sido conminado a seguir cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocer la pensión que ha sido solicitada en tiempo; o también, en contextos en los cuales la conducta del afiliado denota su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema o la intención inequívoca de retirarse del mismo, así formalmente no exista novedad de desafiliación (CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35605; CSJ SL4611-2015, CSJ SL5603-2016 CSJ SL 415-2018).

[4] *En punto al tema de la desafiliación al sistema, para el goce y disfrute de la pensión de vejez, previsto en los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, la Sala de Casación Laboral, tiene adoctrinado (CSJ SL, 1 feb. 2011, rad. 38776, reiterada en la SL8497-2014), que la circunstancia de no continuar cotizando al sistema, no cancelar los respectivos aportes o solicitar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez por cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley para acceder a dicha prestación, es una conducta del afiliado que reflejan su intención de cesar su vinculación al sistema en procura de obtener el derecho pensional.*

[5] *En cuanto a la desafiliación al sistema, se tiene que, aunque no obra en el proceso demostración de desafiliación al sistema, este requerimiento se desprende de la clara intención del accionante de desvincularse de su vida laboral, al haber elevado su petición de reconocimiento pensional al instituto demandado una vez consideró cumplir con las exigencias que ordena la ley.*

Frente a esta exigencia de la desafiliación al sistema, la Corte ha enseñado que es deber del juzgador interpretar las circunstancias particulares en cada caso, como lo es en el presente asunto cuando se le informa a través del acto administrativo que le faltan más semanas de cotización. La sentencia CSJ SL5603-2016 adoctrinó lo siguiente al respecto:

Es cierto que la aplicación del método interpretativo gramatical o textual arroja el resultado señalado por el recurrente, en el sentido que la percepción de la pensión está supeditada a la desvinculación del régimen, lectura que ha sido ampliamente respaldada por la jurisprudencia de esta Corporación.

No obstante lo anterior, esta Sala, en situaciones particulares, en las cuales la utilización de la regla de derecho de la interpretación textual ofrece soluciones insatisfactorias en términos valorativos, ha acudido a otras alternativas hermenéuticas para dar respuesta a esos casos que, por sus peculiaridades, ameritan una solución diferente.

Establecido lo anterior, dado que en primera instancia, se concretó la condena por el retroactivo, que corresponde a cuatro mesadas, efectuada la operación aritmética del caso, se obtiene por valor del retroactivo de las mesadas causadas entre el 1° de marzo y el 30 de junio de 2020, la suma de **$27'611.588**, mismo ordenado por el Juez a quo, por lo que se confirma[6].

En cuanto a la condena por intereses moratorios a que también accedió el a quo, es menester precisar, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 está previsto para los eventos de mora en el pago de mesadas pensionales sin tener en cuenta su fuente legal, pudiendo colegirse, el pago tardío de las mismas, debe ser sancionado en los términos del dicha norma, en tanto no se advierten razones que justifiquen el actuar de la entidad en el desconocimiento del derecho que le asistía a la demandante desde la fecha en que realizo su última cotización, precisándose como ya se explicó cuando se solicitó la prestación pensional el actor ya contaba con los requisitos para su reconocimiento.

De esta suerte, se confirmará la condena impuesta en primera instancia relativa al reconocimiento y pago de los intereses moratorios a partir del 25 de enero de 2021 (4 meses siguientes a la reclamación del derecho 25/09/2020 archivo 04 expediente digital, págs. 27 y 28) y hasta la fecha en que se realice el pago efectivo del retroactivo pensional generado por las mesadas causadas del 1° de marzo al 30 de junio de 2020.

Así, por ejemplo, en tratándose de eventos en los que el afiliado ha sido conminado a seguir cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocer la pensión, que ha sido solicitada en tiempo, la Corte ha estimado que la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se han completado los requisitos (CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798).

También, en contextos en los cuales la conducta del afiliado denota su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema, se ha considerado que la prestación debe ser pagada con antelación a la desafiliación formal del sistema (CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35605; CSJ SL4611-2015, en esta última, si bien fueron consideraciones efectuadas en sede de instancia, la Corte ahora las reitera en sede de casación).

En este orden, podría decirse que si bien la regla general sigue siendo la desvinculación del sistema como requisito necesario para el inicio de la percepción de la pensión, existen situaciones especiales que ameritan reflexiones igualmente particulares, y que deben ser advertidas por los jueces en el ejercicio de su labor de dispensar justicia.

[6]

VR. MESADA	No. MESADAS	RETROACTIVO
6'902,897	4	$27'611,588

Respecto a la excepción de prescripción propuesta en oportunidad por la demandada Colpensiones[7], como ya se ha venido señalando, se tiene que el derecho pensional a favor de la demandante se reconoció mediante Resolución SUB 139268 del 30 de junio de 2020 solicitando el reconocimiento del retroactivo pensional el 25 de septiembre de 2020[8] sin obtener respuesta de la demandada y acudiendo a la jurisdicción el 18 de noviembre de 2020 como consta en el acta de reparto, es decir, no transcurrió el término trienal legalmente establecido para la operancia del fenómeno prescriptivo.

Finalmente, respecto de las costas procesales objeto de apelación por la parte 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 que 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 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, por lo que se confirmará también en este punto la decisión del a quo.

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 confirmación de la decisión de primera instancia.

Sin **COSTAS** en esta instancia.

[7] En la contestación de la demanda Archivo 09 expediente digital, pagina 4, la cual se admitió por el Juzgado mediante auto del 14 de octubre del 2021 (Archivo 11)

[8] Archivo 04 expediente digital páginas 27 y 28

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

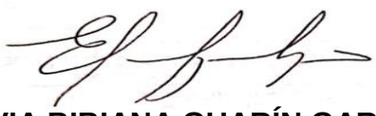
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

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 XIOMARA AMPARO RESTREPO OCHOA CONTRA LAPT CONSTRUCTORES S.A.S. Y JUAN CARLOS AVILÉS CERVERA (RAD. 31 2021 00216 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la parte demandante *(folios 4 a 18)*, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 13 numeral primero de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente:

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 8 de febrero de 2022 (*audio archivo 24 expediente digital*), en la que se resolvió *(Record: 24:30)*:

> ***"PRIMERO: ABSOLVER*** *de la totalidad de las pretensiones incoadas por la demandante XIOMARA AMPARO RESTREPO OCHOA a las demandadas LAPT CONSTRUCTORES S.A.S. y JUAN CARLOS AVILES CERVERA.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a la demandante XIOMARA AMPARO RESTREPO OCHOA al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente a favor de LAPT CONSTRUCTORES S.A.S. y medio salario mínimo legal mensual vigente a favor de JUAN CARLOS AVILES CERVERA.*
>
> *Como quiera que el resultado de la presente sentencia fue adverso a las pretensiones de la demandante, se concede el grado jurisdiccional de CONSULTA en el evento que la sentencia no sea apelada***"**

Inconforme con la anterior decisión, la apoderada de la parte demandante la apeló, solicitando su revocatoria y en su lugar se acceda a todas las pretensiones de la demanda. Al efecto refirió, la juez se equivocó al señalar que no se aportó

documento relativo a la calidad de LAPT CONSULTORERS S.A.S. Se aportó Cámara de Comercio donde consta claramente que el señor Luis Alberto Pulgarín es su representante legal, por eso al inicio de la demanda se señaló a LAPT, hotel feria real pero no directamente al establecimiento de comercio, sino al señor Juan Carlos Avilés en su calidad de propietario del establecimiento de comercio.

Relató, en el expediente obran comprobantes de egreso de LAPT CONSTRUCTORES en los que consta que le hacía pagos a la demandante y en los hechos se relató cómo era la modalidad de pago; que Juan Carlos Avilés en su interrogatorio confesó que quien le vendió el hotel fue Luis Alberto Pulgarín. Enfatizó en que Juan Carlos Avilés en su interrogatorio aceptó que conoció a Xiomara como recepcionista del hotel feria real. Hizo referencia a pormenores de la venta del establecimiento de comercio y a que en el certificado de cámara de comercio consta que su propietario era Juan Carlos Avilés Cervera.

Recordó que en los hechos de la demanda se dijo que el salario de la demandante era de $1’200.000,oo, pero la contadora certificó que era de $2’500.000, lo que se hizo para un trámite propio del establecimiento de comercio, Dijo, se aportaron libros del hotel que no fueron desconocidos ni tachados, de los que se colige que la demandante trabajaba en el hotel feria real, así como comprobantes de nómina de los años 2017 y 2018. Finalizó señalando, a la terminación de su contrato laboral, a la demandante le quedaron debiendo los últimos tres meses de salario, primas, vacaciones, dotaciones, aportes a seguridad social. (archivo 024. Audiencia proceso ordinario record. 25:12)[1]

---

[1] *“**Apoderada demandante (25:12):** Su señoría encontrándome en la oportunidad procesal pertinente interpongo recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por este despacho en los siguientes términos. Solicito de forma respetuosa al honorable tribunal de Bogotá Sala Laboral.*

Encontrándome en la oportunidad procesal pertinente interpongo recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por este despacho en los siguientes términos. Primero solicitando de forma respetuosa al Honorable Tribunal de Bogotá Sala Laboral para que primero se revoque la sentencia proferida por el juzgado de primera instancia en los siguientes términos, segundo se acceda a todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda principal, tercero teniendo en cuenta los argumento que sustenta en la apelación en los siguientes términos.

La señora juez erra al indicar que no se había aportado documento en el que se acreditará la calidad de la Constructores, si bien es cierto las documentales aportadas dentro del despacho se encuentra cámara de comercio, donde se indica que el señor Luis Alberto es representante legal de la empresa LAPT CONSTRUCTORES, que por eso al inicio de la demanda se colocaron como demandante, como demandados a la Hotel Feria real, pero no se coloco directamente el establecimiento de comercio, sino al señor JUAN CARLOS AVILES CERVERA, quien en su calidad de propietario del establecimiento de comercio y no de (inaudible), como la señora juez al indicar dentro del sentido

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

---

del fallo. Así mismo, como demandado se encuentra LAPT CONSTRUCTORES y que como calidad de representante legal se encuentra el señor LUIS ALBERTO.

Dentro de las documentales también existe comprobantes de pago, en los cuales se indica que LAPT CONSTRUCTORES y en hecho se relató claramente la modalidad de pago y como consistía el vínculo laboral entre la demandante XIOMARA AMPARO RESTREPO OCHOA, es decir, que en su momento no se puede pretender que ante cámara y comercio una constructora amplie su objeto social o su actividad económica a actividades de hotelería, cuando la ley es claramente especifica que por cada actividad o razón social se deberá especificar, que en su momento el señor JUAN CARLOS AVILES confiesa e indica que quien le vendió el hotel fue el señor Luis Alberto Pulgarín, pues en quien en su momento creo su propia cámara de comercio y al ser un documento privado y al no existir a la fecha de hoy, pues por obvias razones al aceptar que en su momento para el año 2018, 2019 y 20, quien venía administrado como propietario era el señor Luis Alberto Pulgarín, quien (inaudible) era (inaudible), representada a través de desprendibles de nómina como prueba de ellos se encuentran en el expediente comprobantes de ingreso en los cuales se certifica que por parte de LAPT CONSTRUCTORES S.A.S se le cancelaban sumas de dinero (inaudible), 2020 que en los hechos se manifiesta como se reitera la forma o modalidad de pago, que para el año 2017 la señora XIOMARA y así como lo indicó el señor Juan Carlos avilés en interrogatorio, indica que a ella la conoció en el hotel Feria Real ostentaba la calidad de recepcionista y que adicionalmente si la vio, así hubiera sido un lapso de mes y un día, pero si la vio trabajando en el Hotel feria real.

Que en su momento que se lo vendió fue el señor Luis Alberto Pulgarín, que, por obvias razones al ser vendido un establecimiento de comercio, la nueva persona jurídica sería el señor Luis Alberto, y que en eso mismo reposa en su momento en cámara de comercio del Hotel Feria Real, al indicarse que el propietario del establecimiento de comercio se encontraba el señor Juan Carlos Aviles Cevera, así como se aportó en su momento en cámara y comercio.

Su señoría también se indica dentro de los hechos de que por parte de mi representada ostentaba el salario de $1.200.000, como quiera que por parte de la contadora se certificó $2.500.000, lo que en su momento esto se indicaba era que era para un trámite propio del establecimiento de comercio, también se aportaron documentales de los libros del hotel, los cuales no fueron desconocidos ni tachados por la parte demandada, lo que da a entrever de que mi representada se encontraba trabajando entre el Hotel Feria Real. Así mismo, se encontraron pagos de nómina, que también acreditan que el señor, que por parte de la señora XIOMARA trabajo durante el termino de 2017 a 2018 y que no se le canceló suma alguna de dinero respecto a sus acreencias laborales a la finalización de su contrato laboral, no se le cancelaron primas, se le adeudo los últimos 3 meses de salario, vacaciones, dotaciones, no se le canceló ninguna suma adicional al sistema general de seguridad social, solamente lo correspondiente al $1.200.000 durante los meses por ellos establecidos. Todos los recibos que se encuentran legalmente y que no fueron desconocidos ni tachados por la parte demandada daban fehaciente prueba de que mi representada hacia la calidad de recepcionista y para ello las pruebas hablan por si solas. Su señoría en este estado de la diligencia se solicita se remita el expediente al Honorable Tribunal y en la medida se revoque la sentencia proferida por la señora juez en esta instancia."

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante, XIOMARA AMPARO RESTREPO OCHOA, las pretensiones relacionadas en las páginas 3 a 7 (archivo 006.2021-216 Subsanación demanda.pdf), las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 6 a 8, archivo 001 DEMANDA 02052021_032423, expediente digital, encaminadas a que se declare entre la demandante y la sociedad LAPT Constructores S.A.S., existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 9 de noviembre de 2017 y el 1° de mayo de 2018; se declare que su salario ascendió a $1’200.000 más auxilio de transporte; se declare que existió despido indirecto; se declare la responsabilidad solidaria con Juan Carlos Avilés Cervera, en su calidad de propietario del establecimiento de comercio Hotel Feria Real. Se condene a LAPT CONSTRUCTORES S.A.S. al pago de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de servicios, indemnización por despido injusto, indemnización moratoria, salarios insolutos causados en los meses de marzo y abril de 2018, al pago de auxilio de transporte causado entre el 9 de noviembre de 2017 y el 1° de mayo de 2018; se condene a los demandados a pagar los aportes a pensión y salud causados entre el 9 de noviembre de 2017 y el 1° de mayo de 2018, la indexación, lo ultra y extra petita y las costas del proceso. Como pretensiones subsidiarias solicitó se declare la existencia un contrato de trabajo entre la demandante y el demandado Juan Carlos Avilés Cervera como propietario del establecimiento de comercio Hotel Feria Real entre el 9 de noviembre de 2017 y el 1° de mayo de 2018; se declare que durante la vigencia del contrato, su salario fue de $1’200.000,oo, se declare el despido indirecto y se condene al pago de la liquidación a favor de la actora.

Obtuvo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones, por cuanto, se absolvió a los demandados 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 los demandados.

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 XIOMARA AMPARO RESTREPO OCHOA como trabajadora y LAPT CONSTRUCTORES S.A.S. como empleador, existió contrato de trabajo entre el 9 de noviembre de 2017 y el 1° de mayo de 2018, advirtiéndose, la Juez de primera instancia no halló demostrada la existencia del vínculo laboral entre las partes, como tampoco el vínculo a que se contraen las pretensiones subsidiarias, teniendo como empleador a Juan Carlos Avilés Cervera.

Al respecto recuerda 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, por parte del demandado persona natural entre ellos el referido a la prestación personal del servicio en los términos aducidos por la demandante y no haber sido contestada la demanda por parte de la sociedad demandada, 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 LAPT CONSTRUCTORES S.A.S. o en forma subsidiaria con Juan Carlos Avilés Cervera, correspondiendo a éstos últimos desvirtuar su existencia. Al respecto, puede consultarse la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dictada dentro del radicado 32701[2].

---

[2] *"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

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

- Comprobantes de egreso a nombre de LAPT CONSTRUCTORES S.A.S., a favor de Xiomara Restrepo, con anotación de pago de servicios de la primera y segunda quincena de diciembre de 2017 y la primera quincena de enero 2018 por valor de $1’250.000 cada una, (archivo 002.Prueba02052021_032447 páginas 52 a 54 y 56 a 58).

- Certificación de ingresos expedida por contador público de fecha 11 de diciembre de 2017, donde se hace constar que la demandante se desempeña como independiente en el área de atención al cliente y recepción en el Hotel Feria Real “desde el 1° de noviembre” y por este concepto recibe ingresos mensuales de $2’500.000 (archivo 002.Prueba02052021_032447 página 55)

- Recibos de caja menor a nombre de la demandante por valor de $600.000 por pago de nómina del 15 al 31 de enero de 2018, del 15 al 30 de diciembre de 2017 (archivo 002.Prueba02052021_032447 página 113, 114).

- Páginas de libro contable alusivas al pago de servicios de habitación en el año 2017 (archivo 002.Prueba02052021_032447 página 133 a 137, 139 a 141).

- Liquidación final de prestaciones a nombre de la demandante, sin firma de recibido ni de quien la elaboró (archivo 002.Prueba02052021_032447 página 153).

Por otra parte, se recaudó el interrogatorio al demandado JUAN CARLOS AVILÉS CERVERA *(Audiencia del 8 de febrero de 2022, archivo 022 expediente digital Record: 08:05)* quien señaló que en el 1° de mayo de 2018 vio a la demandante durante un mes y unos días y después de ese tiempo nunca la volvió a ver; la conoció junto con su esposo como propietarios del hotel feria real, ella tenía el

---

elementos que configuran el contrato de trabajo, esto como medida protectora de la parte débil en la relación laboral.”

manejo del hotel; luego se enteró que no era así. El demandado figura como propietario del citado hotel desde el 8 de octubre de 2020. Conoce a Luis Alberto Pulgarín Torres como representante legal de la sociedad LAPT CONSTRUCTORES S.A.S. vio que la demandante salió del hotel el 1 de mayo de 2018, por diferencias con Luis Alberto Pulgarín y ella nunca más volvió al hotel. No tiene conocimiento si la sociedad LAPT CONSTRUCTORES le adeuda a la demandante sumas de dinero por algún concepto. No tiene conocimiento si Nubia, la contadora del establecimiento de comercio le hizo algún pago a la demandante.

Absolvió interrogatorio la demandante XIOMARA AMPARO RESTREPO OCHOA *(Audiencia del 8 de febrero de 2022, archivo 022 expediente digital Record: 20:34)*. Relató, la constructora demandada la contrató el 9 de noviembre de 2017 para trabajar como recepcionista en el hotel Feria Real labor que desempeñó hasta el 1° de mayo de 2018, porque el señor Alberto Pulgarín le debía salarios de marzo y abril de 2018, la liquidación, las prestaciones y la seguridad social. En esa época el señor Juan Carlos Avilés "se metió al hotel" venía de Cali a hospedarse en el hotel, pero quedó debiendo un dinero y él y su familia debieron trabajar para pagar la deuda. En algunas oportunidades ella le pagó a la hija del señor Avilés para que la reemplazara en la recepción y pudiera descansar. Cuando esto ocurría la demandante debía pagarle de sus propios ingresos.

El testigo Fredy Armando Suarez Mosquera *(Audiencia del 8 de febrero de 2022, archivo 022 expediente digital Record: 33:19)*, compañero permanente de la demandante desde hace 5 años. También adelanta demanda en contra de las aquí convocadas. Fue el administrador del hotel Feria Real desde el 9 de noviembre de 2017. Relató, la demandante era recepcionista del Hotel Feria Real también desde el noviembre 9 de 2017, recibía a los huéspedes, hacía reservas, enviaba cotizaciones de hospedaje, la constructora LAPT la contrató y le pagaba mensualmente $1'200.000. Ella dejó de trabajar allá el 1° de mayo de 2018, porque ya no le estaban pagando la quincena, no tenía seguro, no tenía salud, ni uniformes ni nada. El ingeniero Pulgarín o la contadora Nubia eran quienes daban las instrucciones y él como administrador las replicaba a los demás empleados.

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, la demandante no prestó sus servicios personales al demandado persona natural, Juan Carlos Avilés Cervera, quien funge como propietario del Hotel Feria Real desde el 8 de octubre de 2020, como se extrae del Certificado de matrícula del establecimiento de comercio, expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá (archivo 002.Prueba02052021_032447 página 154 a 156), por compra que hizo a la sociedad LAPT CONSTRUCTORES S.A.S., ello teniendo en cuenta que mediante esta demanda se pretende la declaratoria de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 9 de noviembre de 2017 y el 1° de mayo de 2018, extremo final para el que el citado demandado aún no era propietario del hotel en cita.

Sin embargo, los medios de prueba recaudados permiten establecer que la demandante si prestó sus servicios personales a la sociedad LAPT CONSTRUCTORES S.A.S. en el establecimiento de comercio Hotel Feria Real, como lo afirmó el testigo Fredy Armando Suárez Mosquera, administrador del hotel, quien a pesar de ser pareja de la convocante, refirió haberse desempeñado como administrador del establecimiento de comercio, y lo corroboró el demandado persona natural, quien a instancias de interrogatorio de parte afirmó que vio a la demandante durante dos meses en el Hotel Feria Real, aunque pensó que junto con su pareja Fredy Suárez eran los propietarios del establecimiento. Esta prestación personal de los servicios, se corrobora con la certificación expedida por la Contadora Pública Nubia Arias Villamil (archivo 002.Prueba02052021_032447 páginas 55), documento que hace referencia a que la señora Xiomara Restrepo adelantaba actividades de servicio al cliente en el citado establecimiento comercial.

No obstante, aunque se activó a favor de la demandante la presunción del artículo 24 del C.S.T, ésta se advierte desvanecida a partir del análisis de los mismos medios de prueba a que ya se hizo referencia, de los que se desprende que la actividad desempeñada por la convocante careció del elemento de la subordinación. Para arribar a esta conclusión, en primer lugar, se tiene en cuenta que el demandado persona natural afirmó que cuando empezó a hospedarse en el hotel Feria Real, creyó que la demandante y el testigo Fredy Suárez Mosquera eran sus propietarios, porque eran quienes tomaban todo tipo de decisiones.

Además, la certificación expedida por la contadora pública Nubia Arias, refiere que la señora Restrepo Ochoa desempeñaba su actividad de servicio al cliente de

manera independiente; actividad que aunque en principio debería ser subordinada, dada su connotación no profesional, en el interrogatorio de parte, la misma demandante confesó que tenía la potestad de pagarle a una tercera persona para que hiciera los turnos de servicio al cliente y así poder descansar, facultad que es propia de una persona independiente, que goza de poder decisorio frente a sus actividades y no de un trabajador subordinado.

En el mismo sentido debe señalarse, las demás probanzas documentales aportadas con la demanda, como son las páginas de unos libros contables y recibos de lavandería, de cerrajero o floristería no hacen ningún aporte en relación con la prestación personal del servicio por parte de la actora, ni mucho menos son indicativos de la concurrencia de subordinación.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sido reiterativa en señalar, que la subordinación es el factor determinante para que se configure un contrato de trabajo. Precisamente, en la sentencia de 14 de abril de 2021, con radicación 72624, hizo unas importantes consideraciones en relación con este elemento, que vale la pena tener en cuenta. Así se pronunció en esa oportunidad:

> ***"1.1. La subordinación: clave de bóveda en la determinación de una relación de trabajo subordinada***
>
> *Bien tiene sentado la Corte que la subordinación es el elemento diferenciador entre una relación laboral y una civil o comercial (SL2885-2019). En efecto, tanto en contratos comerciales como en laborales, pueden estar presentes la prestación personal del servicio y la remuneración, por tanto, la dependencia es el factor que marca la diferencia entre uno y otro.*
>
> *La subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, en los términos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, «faculta a éste [sic] para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato».*
>
> *La doctrina ha subrayado que la subordinación es la causa del contrato de trabajo*[3]*, pues el empleador busca a través de este reservarse la facultad de dirigir y controlar la fuerza laboral, conforme sea necesario para el logro de sus objetivos empresariales. La jurisprudencia de esta Sala*

[3] OJEDA AVILÉS, Antonio. Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato. Derecho PUCP, 2007, vol. 60, p. 375.

> *ha resaltado también como causa del contrato de trabajo la facultad del empleador de disponer de la capacidad de trabajo según sus necesidades organizativas. Por ejemplo, en la sentencia CSJ SL4479-2020 la Corte refirió:*
>
> *No debe olvidarse que una de las razones principales por las que los empleadores vinculan trabajadores a su servicio es para reservarse el derecho de controlar y dirigir la labor de sus empleados.*
>
> *A diferencia de otros contratos no laborales en los que el objeto es un resultado -entrega de un bien o un servicio- y, por tanto, se procura fijar las condiciones para el logro de esa meta, en el contrato de trabajo el empleador procura ejercer un control sobre la actividad del trabajador o sobre su comportamiento, para adecuarlo al logro de sus fines empresariales. Por este motivo, la ley lo autoriza para dirigir, vigilar y sancionar su conducta, mientras que en los ordenamientos civiles o comerciales, la ley faculta a las partes con acciones o penalidades encaminadas a garantizar el cumplimiento del objeto contractual.*
>
> *De esta forma, la subordinación, elemento central del contrato de trabajo, recae sobre la actividad del trabajador como tal. Y tiene como contracara o reverso, el poder de dirección y control del empleador sobre ese comportamiento. Dicho de otro modo: poder de organización, dirección y control y deber de subordinarse son dos caras de una misma moneda. Por ello, examinar esas dos dimensiones de la relación jurídica para formarse una imagen completa de la realidad fáctica, puede arrojar bastante claridad en los casos ambiguos o de relaciones laborales encubiertas".*

Por lo visto, el material probatorio obrante en el paginario, permitió desvirtuar la concurrencia del elemento subordinación en la actividad que en caso de marras desarrolló la demandante, situación que como se advirtió en precedencia, desvanece la presunción de existencia de un contrato entre las partes.

Ahora bien, si en gracia de discusión se admitiera la existencia de un contrato de trabajo, correspondería determinar las fechas de inicio y terminación del vínculo que unió a la señora XIOMARA AMPARO RESTREPO OCHOA con la sociedad LAPT CONSTRUCTORES S.A.S., frente a lo cual, advierte esta sala decisión la precariedad de prueba frente a este punto, pues si bien con la demanda se aportaron varios comprobantes de egreso a favor de Xiomara Restrepo, con anotación de pago de servicios de la primera y segunda quincena de diciembre de 2017 y la primera quincena de enero 2018 por valor de $1'250.000 cada una, (archivo 002.Prueba02052021_032447 páginas 52 a 54 y 56 a 58) y en dicha documental se consigna el nombre de la sociedad demandada, cuenta con una firma, al parecer de la demandante, mas no incorpora el nombre o firma del

responsable de tales pagos; adicionalmente corresponden a comprobantes preimpresos, que no dan cuenta alguna de haber sido expedidos por la sociedad convocada al juicio.

A más de lo anterior, resulta que fueron aportados por la propia demandante lo que equivaldría a fabricar su propia prueba. Igual sucede con la liquidación final de prestaciones, documento que no incorpora ningún dato relativo a quien la expidió y también fue aportado por la demandante, lo que impide considerar que haya sido elaborada por la sociedad demandada, circunstancia que les resta valor probatorio.

En lo que atañe al certificado de ingresos expedido por la contadora pública, si bien cuenta con el nombre de la profesional que lo expidió y su cédula de ciudadanía y número de tarjeta profesional, lo cierto es que señala que la demandante prestó sus servicios desde el 1° de noviembre, sin especificar a qué anualidad corresponde esa fecha de inicio de labores, lo que impide establecer una fecha cierta de inicio de actividades de la demandante.

No desconoce la Sala, que el testigo Fredy Armando Suarez Mosquera, compañero permanente de la demandante, quien también demandó a los aquí convocados, afirmó que la señora Xiomara Amparo Restrepo Ochoa trabajó en el hotel Feria Real entre el 9 de noviembre de 2017 y el 1° de mayo de 2018, sin embargo, sus manifestaciones no se encuentran soportadas por ningún otro medio de prueba, como si ocurrió frente a sus afirmaciones en relación con la prestación del servicio, que fue corroborada por el demandado Juan Carlos Avilés en interrogatorio, situación que impide a esta Corporación alcanzar el grado de convicción necesario para tener por ciertos dichos extremos temporales, en el evento de haberse discurrido que la subordinación no se desvirtuó.

En ese orden, como de las probanzas aportadas al paginario, lo que se evidencia es la falta de subordinación en los servicios que prestó la demandante a la sociedad convocada y aún si aceptara la concurrencia de dicho elemento, no se lograron determinar los posibles extremos del vínculo jurídico, no pueden resultar avantes las pretensiones de la demanda.

No sobra reiterar, que la actividad probatoria de la demandante fue precaria, destacando 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 sub-lite, 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".*

Así las cosas, se agota la competencia del Tribunal, procediendo a la confirmación de la sentencia recurrida, pero por las razones expresadas en este proveído.

SIN COSTAS en esta instancia.

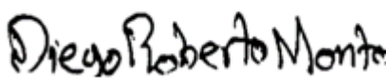
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

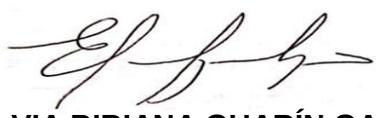
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, pero por las razones aquí expuestas.

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 DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JUANA CELINA CARVAJAL REYES CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, COLFONDOS S.A. y la AFP PROTECCIÓN S.A. (RAD. 35 2021 00117 01)

Bogotá D.C. treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada LEIDY CAROLINA FUENTES SUAREZ, 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, y que fuera remitido mediante mensaje de datos el 7 de junio del 2022.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la demandante y Colpensiones, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, 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 35 Laboral del Circuito de Bogotá

el pasado 18 de abril del 2022 *(Audiencia virtual, record: 1:30:27, archivo 28 expediente digital),* en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado efectuado por JUANA CELINA CARVAJAL REYES, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la AFP PROTECCIÓN S.A., y como consecuencia de ello, se ordena a COLFONDOS (sic), en donde está actualmente afiliada la demandante, 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** la PROTECCIÓN y a la AFP COLFONDOS a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la demandante, de la pensión de la demandante por los gastos de administración, conforme al tiempo que ésta permaneció afiliada a cada uno de ellos, como se advirtió en la parte motiva de esta sentencia.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a afiliar nuevamente a JUANA CELINA CARVAJAL REYES al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a la administradora de pensiones y cesantías COLFONDOS S.A.*
>
> ***CUARTO: CONDENAR** EN COSTAS a PROTECCIÓN, por lo tanto, señalamos como agencias en derecho $1.000.000, que se incluyen en la liquidación de costas, **SIN COSTAS** a cargo de COLPENSIONES y COLFONDOS.*
>
> ***QUINTO:** De no ser apelada la decisión se remite el proceso al Tribunal Superior de Bogotá, para que se estudie en consulta."*

Frente a tal decisión el apoderado de COLFONDOS solicitó aclaración al numeral primero de la parte resolutiva del fallo, a lo cual accedió el Juez *a quo* estableciendo que como consecuencia de la declaratoria de ineficacia debía ser PROTECCIÓN y no COLFONDOS quien debía trasladar a COLPENSIONES todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses y sus rendimientos. [1]

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

Así, en primer lugar, COLPENSIONES indicó que los supuestos de hecho de la demandante en este caso específico difieren de la mayoría de los casos en donde los demandantes son afiliados que dependen la ineficacia del traslado por la

[1] Apoderado COLFONDOS (Record: 1:37:08): Gracias su señoría, su señoría para solicitar una aclaración en el numeral primero, como quiera que en el fondo de pensiones actual de la demandante es protección y al momento de dictar la sentencia menciona a COLFONDOS para trasladar las cotizaciones, rendimientos y las sumas adicionales.

Juez (Record: 1.3:25): Perdón, si entonces dejamos la, hacemos la claridad que es el fondo donde actualmente, trasladar a COLPENSIONES en el numeral primero es trasladar a COLPENSIONES (inaudible), al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN (Inaudible), todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses y sus rendimientos.

omisión en el deber de información por las administradoras de fondo de pensiones, debido a que dentro del proceso se acreditó que la demandante recibió una re asesoría por parte del fondo PROTECCIÓN el 29 de marzo del año 2010, y teniendo en cuenta que la demandante nació el 24 de mayo de 1963 contaba con 46 años, fecha para la cual no tenía la restricción legal de retornar al régimen de prima media, optando por permanecer al régimen de ahorro individual con solidaridad, aceptando para el 29 de marzo de 2010 las proyecciones pensionales que le daban en ese momento, frente al ahorro que tenía en su momento.

Aduce que COLPENSIONES quien fue ajena al acto de afiliación de la demandante, y al deber de información que se acreditó durante el curso del proceso no puede resultar afectada por actuaciones o consecuencias únicas desencadenadas de esa declaratoria injustificada de la ineficacia del traslado, pues aceptar el retorno de la demandante al régimen de prima media contribuiría con la descapitalización del sistema pensional y pone en peligro el derecho fundamental de la seguridad social de los demás afiliados.

Expresa que de confirmarse la sentencia se autorice a 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 dicha ineficacia del traslado. *(Audio archivo 26 expediente digital, record: 1:32:45)*[2]

[2] Gracias señor juez, si muy respetuosamente interpongo recurso de apelación contra la sentencia 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 de primera instancia y en su lugar se absuelva a mi representada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, teniendo en cuenta los siguientes argumentos:

Lo primero señalar es que los supuestos de hecho de la demandante en este caso específico difieren de la mayoría de los casos en donde los demandantes son afiliados que dependen la ineficacia del traslado por la omisión en el deber de información por las administradoras de fondo de pensiones, esto debido a que dentro del proceso se acreditó que la demandante recibió una Re asesoría por parte del fondo PROTECCIÓN, esto es para el 29 de marzo del año 2010, y teniendo en cuenta que la demandante nació el 24 de mayo de 1963 contaba con 46 años, fecha en la cual no contaba con la restricción legal de retornar al régimen de prima media.

Ahora bien, además se acreditó con las pruebas aportadas, esto es archivo titulado 08, folio 37 y 38 del expediente digital, se establece el formulario de re asesoría y adicionalmente la proyección pensional, que de igual forma fue entregada a la demandante y reconocida por esta en el interrogatorio de parte, por tanto, asombra a esta apoderada el no reconocimiento de esta prueba por parte de la primera instancia.

Ahora bien, la demandante en ese momento optó por permanecer al régimen de ahorro individual con solidaridad, aceptando para el 29 de marzo de 2010 las proyecciones pensionales que le daban en ese momento, frente al ahorro que tenía en su momento.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que cualquier ineficacia de la afiliación debe someterse a lo estrictamente señalado en la ley 100 de 1993, en su artículo 271 y como mencione anteriormente, lo cierto es que quedó rectificada la necesidad y conformad de la demandante, al recibir la asesoría de permanecer en el régimen de

A su turno, PROTECCIÓN impugnó el fallo exclusivamente en lo referente a devolver los gastos de administración y seguro previsional, manifestando la deducción por estos conceptos se realiza por disposiciones legales válidas, exequibles aplicables y exigibles, que se encuentran contenidas en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, que ya han sido descontadas y causadas a terceros de buena fe, en el caso de la prima de seguro previsional con las aseguradoras, señalando que como se puede observar en los rendimientos que se anexan en el expediente y en el acervo probatorio, su representada puso todo su conocimiento técnico, su experticia, su experiencia y su disposición en el manejo de los recursos, para que esta cuenta de ahorro individual tuviera unos rendimientos específicos y no sufriera detrimento alguno, por lo que en su sentir no es posible devolver una comisión por gastos de administración y seguro previsional a una entidad que en efecto no ha administrado esta cuenta de ahorro individual y no ha cubierto los riesgos de invalidez, vejez y muerte.

Considera que incluso devolverlo con cargo del patrimonio de la misma genera un detrimento en contra de la AFP y un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, teniendo en cuenta que si se devuelven nunca se hubieran podido obtener los rendimientos que se observan por la naturaleza del funcionamiento del régimen de prima media y el régimen de ahorro individual (*Audio archivo 26 expediente digital, record: 1:38:24*[3]*)*

---

ahorro individual, por tanto COLPENSIONES quien fue ajena al acto de afiliación de la demandante, y al deber de información que se encuentra acreditado, que se acreditó durante el curso del proceso debe tenerse en cuenta que no puede resultar, no puede resultar a cargo de actuaciones o consecuencias únicas desencadenadas de esta declaratoria injustificada de la ineficacia del traslado.

Esto teniendo en cuenta, como cuarto aspecto que aceptar el retorno de la demandante al régimen de prima media contribuiría con la descapitalización del sistema pensional y pone el peligro el derecho fundamental de la seguridad social de los demás afiliados, esto si personas que no contribuyeron a su formación viene a último momento, máxime cuando no se encuentran configuradas los requisitos para acceder a esta declaratoria de la ineficacia del traslado.

Por los anteriores argumentos debe señalarse honorables magistrados que, de no, de confirmar la sentencia de primera instancia y no tener en cuenta estos argumentos solicito se autoriza a 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 dicha ineficacia del traslado. Por los anteriores argumentos dejo expuesto así mi recurso de apelación. Muchas gracias.

[3] Gracias su señoría, siendo la etapa procesal correspondiente manifiesto que hago uso del recurso de apelación frente a la sentencia proferida por el juez de instancia, exclusivamente o en lo referente a lo ordenado por el juez de devolver los gastos de administración y seguro previsional, descontado durante la administración de la cuenta de ahorro individual de la señora JUANA CELINA durante el periodo que ha permanecido afiliada a la AFP PROTECCIÓN.

Es importante mencionar señores magistrados en lo referente a los gastos de administración y la deducción por este concepto se realiza por disposiciones legales válidas, exequibles aplicables y exigibles, que se encuentran contenidas en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, que ya han sido descontada y causadas a

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 1 a 4, archivo 1 Expediente Digitalizado),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Página 4 ibídem),* aspirando de manera principal se declare la nulidad de la afiliación efectuada del RPM al RAIS en septiembre de 1995 ante la AFP PROTECCIÓN y demás traslados horizontales, en consecuencia se ordene a PROTECCIÓN retornar todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses con los rendimientos que se hubieren causado a COLPENSIONES, igualmente se disponga que COLPENSIONES debe recibirla sin solución de continuidad y mantenerla como afiliada, 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 a PROTECCIÓN, en consecuencia, condenó a ésta AFP trasladar a COLPENSIONES todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses con sus rendimientos, igualmente ordenó a PROTECCIÓN y a COLFONDOS a pagar con su propio patrimonio la disminución en el capital de la actora por gastos de administración y ordenó a COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el RPM. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la

---

terceros de buena fe, en el caso de la prima de seguro previsional con las aseguradoras, es de tener en cuenta que mi representada ha administrado de manera correcta y oportuna, durante el periodo de afiliación de la señora JUANA a AFP PROTECCIÓN, tal y como se puede observar en los rendimientos que se anexan en el expediente y en el acervo probatorio, pues mi representada puso todo su conocimiento técnico, su experticia, su experiencia, su disposición en el manejo de los recursos, para que esta cuenta de ahorro individual tuviera unos rendimientos específicos y no sufriera detrimento alguno, tal y como se puede corroborar, reitero, en los rendimientos que se encuentran en el acervo probatorio.

Es de entenderse entonces que la declaratoria de ineficacia y sus consecuencia de retrotraer las actuaciones a su estado inicial no es posible entonces devolver una comisión por gasto de administración y del seguro previsional a una entidad que en efecto no ha administrado esta cuenta de ahorro individual y no ha cubierto los riesgos de invalidez, vejez y muerte en el periodo desde el año 1997, 1995 perdón, y posteriormente desde el año 2000, a la presente fecha, periodo en que se encuentra afiliada la señora JUANA a mi representada.
Considero que incluso devolverlo al cargo del patrimonio de la misma se genera un detrimento en contra de la misma y un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES. Teniendo en cuenta que si se devuelven las actuaciones nunca se hubieran podido obtener los rendimientos que se observan por la naturaleza obviamente del funcionamiento del régimen de prima media vs el régimen de ahorro individual. Es por esto que le solicito señores magistrados no se ordene la devolución de los gastos de administración causados durante el periodo de afiliación desde el año 2000 hasta la presente fecha. Muchas gracias señores magistrados, muchas gracias su señoría.

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, ni se le explicó las consecuencias de su 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 24 de mayo de 1963 *(Página 130, Archivo 2 Expediente Digitalizado),* por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante las peticiones elevadas ante COLFONDOS con fecha de respuesta el 7 de mayo del 2020 *(páginas 148 a 158 ibídem)* PROTECCIÓN el 8 de julio del 2020 (*páginas 160 a 174 ibídem)* y COLPENSIONES el 17 de abril del 2020 (*páginas 178 a 186 ibídem,* esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para cumplir 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 282,57 semanas cotizadas al sistema que corresponden a 5 años, 5 meses y 28 días *(Página 36, archivo 8 expediente digital, Historia Laboral válida para bono pensional),* 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.

---

[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".*

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 **20 de septiembre de 1995** con fecha de efectividad a partir del **1 de octubre de 1995** *(Página 31 y 33, archivo 8 expediente digital)* por afiliación que hiciera a COLMENA hoy PROTECCIÓN*,* 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[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*

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

> *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 COLMENA hoy PROTECCIÓN.

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

---

[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 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.

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 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[7] no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado, pues se limitó a indicar que a la oficina en la cual trabajaba, llegaron los asesores de COLFONDOS y PORVENIR, señalando que el ISS se iba acabar y para no perder sus aportes los mejor era trasladarse a uno de esos fondos de pensiones, donde además tendría mejores rendimientos, la actora indica que para ese momento no le explicaron características del régimen, ni tampoco lo que significa un bono pensional, mucho menos los requisitos para pensionarse y que si bien ahora sabe un poco de ello el conocimiento lo obtuvo mucho tiempo después del traslado de régimen. Nótese que ni tan siquiera recuerda la afiliación que hiciera con COLMENA (hoy Protección) el 20 de septiembre de 1995.

A más de lo anterior, se advierte frente a la apelación de COLPENSIONES, la documental obrante en las páginas 37 y 38 (*Archivo 8 expediente digital*), relacionada con la REASESORIA PENSIONAL, no prueba de forma alguna una asesoría o suministro de información pues conforme se ha venido señalando a lo largo de esta providencia, **debe ser suministrada al momento en que se efectúa el traslado de régimen** a efectos de que tenga validez, en el sentido de que se trata de una decisión libre voluntaria y producto del conocimiento de sus implicaciones, circunstancias que a todas luces no pueden ser acreditadas con la misiva en comento pues basta con señalar que la misma data del 29 de marzo del 2010 y el traslado de régimen mediante la afiliación a Colmena hoy Protección se dio el 20 de septiembre de 1995 (*página 31 Archivo 8 expediente digital).*

Ahora, 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 COLMENA hoy PROTECCIÓN (*Página 31 Archivo 8 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 esa 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

[7] Audiencia 2 de mayo de 2022, récord 13:22

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 84 a 86, 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 COLMENA hoy PROTECCIÓN 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 1995, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN 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 COLMENA, omitió en el momento del traslado de régimen **(20 de septiembre de 1995, efectivo el 1 de octubre 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.

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 8 expediente digital página 33),* 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 (*ibídem*).

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 la afiliada dentro del mismo régimen.

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 *(ver página 39 y ss archivo 8 expediente digital),* del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y gastos de administración, como también la activación de su afiliación por parte de COLPENSIONES en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Debe precisarse en este punto, ante un nuevo estudio del tema y atendiendo la recomposición de ésta Sala de Decisión se adicionará el numeral segundo del fallo de primer grado, en cuanto a que además de lo dispuesto por el *a quo*, COLFONDOS y PROTECCIÓN también deben devolver las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia[8], los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades[9], por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a cada uno de 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*

[8] Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.
[9] Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

> *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.* ***<u>En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.”</u>***

Igualmente se dispondrá que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Con relación a la orden de disponer el pago debidamente indexado, 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, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, y su imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

Así lo adoctrinó recientemente la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL359 de 2021, reiterada en la SL859 de 2021. En la primera providencia anotada, el órgano de cierre de esta jurisdicción consideró:

> *“****<u>Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.</u>***
>
> *En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibídem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.*

> *Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real."* (Negrillas de la Sala).

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 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 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 relación con los argumentos de apelación de PROTECCIÓN S.A., relacionados con la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, 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 y seguros previsionales. 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 COLPENSIONES[10] *(Páginas 30 a 32, archivo 10 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.

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:

[10] Se tuvo por contestada la demanda en auto del 2 de marzo del 2022, archivo 23 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, 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 adicionará en los puntos anteriormente expuestos y 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

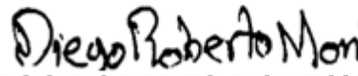
PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado, para ordenar a COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. devolver a COLPENSIONES además de los gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente **indexados** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a cada una de esas administradoras, conforme lo considerado.

SEGUNDO: DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto 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

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MERCEDES SIERRA RIAÑO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES (RAD. 36 2018 00683 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

AUTO

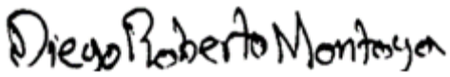
En el presente asunto, la Magistrada Dra. ELVIA BIBIANA GUARIN GARCIA, integrante de la Sala de decisión, se declaró impedida para conocer del mismo, por estar incursa en la causal prevista en el numeral 2° del artículo 141 del Código General del Proceso, que establece:

> *Artículo 141. CAUSALES DE RECUSACIÓN. Son causales de recusación las siguientes:*
> *(…)*
> *2. Haber conocido del proceso o realizado cualquier actuación en instancia anterior, el juez, su cónyuge, compañero permanente o algunos de sus parientes indicados en el numeral precedente".*

Conforme lo anterior, teniendo en cuenta, que la Magistrada Dra. Elvia Bibiana Guarín García, como Juez Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, profirió sentencia de 12 de octubre de 2021 dentro del proceso de la referencia y que fue objeto de la apelación que motivó la alzada, resulta evidente que se encuentra configurada la causal invocada por la Magistrada (numeral 2 del artículo 141 del C.G.P..), razón suficiente para aceptar el impedimento referido, procediendo en consecuencia los demás integrantes de la Sala de decisión.

En atención al contenido del inciso 4º del artículo 140 del C.G.P., se admite el impedimento.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



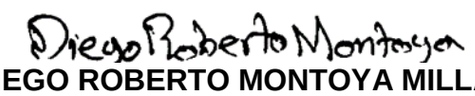
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada DIANA LEONOR TORRES ALDANA como apoderada sustituta de la demandada 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 WORLD LEGAL CORPORATION S.A.S.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por COLPENSIONES (fls. 131 a 133) y por la parte demandante (fls. 135 y 136) el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 13 numeral primero de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, así como el grado jurisdiccional a favor de ésta contra la sentencia proferida por la Juez Segunda Transitorio Laboral del

Circuito de Bogotá D.C., el 12 de octubre de 2021 *(archivo cd folio 126, record. 44:48),* en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** que la señora MERCEDES SIERRA RIAÑO le asiste el derecho que COLPENSIONES le corrija su historia laboral.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a COLPENSIONES a corregir la historia laboral de la demandante MERCEDES SIERRA RIAÑO, adicionando al reporte laboral las siguientes semanas de cotización: Para FERTILIZANTES COLOMBIANOS S.A del 1 de enero de 1995 al 3 de abril del 2018, fecha de la certificación laboral 1.196,14 semanas. Total de semanas 1. 849,13 semanas.*
>
> ***TERCERO: DECLARAR** que la señora MERCEDES SIERRA RIAÑO tiene derecho a que COLPENSIONES le reconozca y pague la pensión de vejez de que trata el artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la ley 797 del 2003.*
>
> ***CUARTO: CONDENAR** a COLPENSIONES a pagar la pensión de vejez a la demandante MERCEDES SIERRA RIAÑO, por un valor de mesada inicial para el 2021 en $1.969,437 y por 13 mesadas al año, la liquidación se anexará al acta final de la audiencia, el disfrute de la prestación económica se encuentra condicionado al retiro de la accionante al sistema general de seguridad social en pensiones.*
>
> ***QUINTO: NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.*
>
> ***SEXTO: DECLARAR** no probada las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación propuestas por COLPENSIONES.*
>
> ***SÉPTIMO: CONDENAR** en costas a la parte demandada COLPENSIONES, se fijan en agencias en derecho la suma de 1 Salario mínimo legal vigente.*
>
> ***OCTAVO: CONCEDER** el grado Jurisdiccional de Consulta en favor de la demandada COLPENSIONES y de conformidad con el inciso 3 del artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social".*

Inconforme con la decisión, el apoderado de Colpensiones la apeló afirmando que a la demandante no le asiste el derecho a que la entidad reconozca y pague a su favor la pensión de vejez. Afirmó, en la demanda no se indica cual es la disposición legal que le permite acceder a la prestación con una tasa de reemplazo del 85% y recordó que la única norma que contempla esa tasa de reemplazo es el Decreto 758 de 1990 y no la ley 797 de 2003. Insistió en que la actora no es beneficiaria del régimen de transición y si bien cumple con la edad exigida en la ley 797 de 2003, no es así respecto a la densidad de cotizaciones, ya que no acredita las 1300 requeridas, por lo que le queda la opción de continuar cotizando o solicitar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

Añadió, las semanas en mora por parte del empleador a que se refiere en la demanda, fueron posteriores al año 2002 y por ello no pueden tenerse en cuenta para tener a la demandante como beneficiaria del régimen de transición; afirmó se adelantó una acción de cobro al empleador de la demandante desde el 21 de

septiembre de 2018 y la Superintendencia de Sociedades respondió indicando que la sociedad se encuentra en proceso concursal, por lo que se hicieron los procesos de normalización de aportes pensionales, conforme las facultades otorgadas por la ley.

Recordó que dentro de las obligaciones del empleador, están las de afiliar a sus empleados y hacer el pago de cotizaciones al sistema de seguridad social y aunque las administradoras tienen la facultad de adelantar el cobro de aportes al empleador, los jueces también pueden ordenar su pago, de tal manera que se satisfagan los periodos en controversia[1] *(archivo cd folio 126, record. 46:55).*

---

[1] ***Apoderado COLPENSIONES (46:55):*** *Gracias su señoría me permito interponer recurso de apelación en contra del fallo que se acaba de proferir, dentro del proceso en cuestión con el propósito de que la sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá se sirve a revocar en su totalidad la sentencia emitida y en su lugar se absuelva COLPENSIONES de todos los cargos contra ella formulados, teniendo en cuenta, pues, los siguientes argumentos.*

Teniendo en cuenta que a juicio de este apoderado Judicial, a la demandante no la asiste el derecho que COLPENSIONES le reconozca y le pague una pensión de vejez conforme, pues a las situaciones fácticas que ya son de público conocimiento dentro del plenario. Y si bien es cierto, pues de la parte actora en el libro Genitor no indica cuál norma debe tenerse en cuenta para el reconocimiento de la prestación, con una tasa de reemplazo del 85%, pues teniendo en cuenta que la única norma que permite esta tasa reemplazo es el Decreto 758 del 90, a contrario sensu como lo establece el la ley 797 del 2003, con una tasa del 80% .

Teniendo en cuenta que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, si bien es cierto pues no concurren los requisitos de tiempo, pues eso sí ocurren, como el requisito del de las semanas, en todo caso, la demandante no es beneficiaria del régimen de transición. Teniendo en cuenta, pues, que la entidad, en anterior oportunidad realizó un estudio de la prestación, teniendo en cuenta el artículo o mejor aún, la ley 797 del 2003 en su integralidad que señala pues unos requisitos para acceder a la pensión de vejez, que si bien es cierto, pues la demandante no acredita, o si acredita la edad como tal, no sucede lo mismo con el requisito sine qua non de las semanas, como quiera que la demandante no reúne, o no acredita las 1300 semanas, sino reúne 1203 semanas, lo que se traduce pues, en dos posibilidades que tiene la demandante, como ya se dijo en una posibilidad de seguir cotizando al sistema hasta que reúnan o satisfaga, pues los requisitos para hacerse acreedor a la pensión de vejez. O por otro lado, solicitar una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

Si bien es cierto, pues en la demanda se hace alusión a unas semanas, de mora por parte de su empleador. Sin embargo, éste téngase en cuenta que estas son con posterioridad al año 2002, por lo que, en todo caso, no podrían computarse con anterioridad el primero del año 94, con el propósito de tenerse en cuenta, pues las mismas y obtener con ello ser beneficiario del régimen de transición por semanas.

Por todo lo anterior se colige que la demandante ha estado vinculada con una misma empresa de manera constante y continua, por esta razón se realiza una acción de cobro al empleador desde el 21 de septiembre de 2018, la Superintendencia de sociedades da respuesta indicando que la empresa se encuentra en concurso de proceso concursal y en consecuencia, pues se realizaron los procesos de normalización de aportes pensionales en relación con las facultades otorgadas por la ley, con el objeto de que sean corregidas las inconsistencias y se reporte, pues la información omitida o se realice el pago de las cotizaciones pendientes a cargo de los empleadores. Para el caso, objeto del litigio se debe tener en cuenta que no se reportan ciclos de aportes en la historia laboral, pues los

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 ordinario, las pretensiones relacionadas en el acápite de la demanda (folios 5 y 6) las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados en el libelo (págs. 3 a 5), aspirando principalmente se condene a Colpensiones a reconocer a su favor la pensión de vejez, teniendo en cuenta los diez últimos años de cotizaciones y una tasa de reemplazo del 85%; la indemnización moratoria, lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

La demandante obtuvo sentencia de primera instancia favorable a sus aspiraciones, por cuanto se condenó a Colpensiones a corregir su historia laboral, a reconocer y pagar a su favor una pensión de vejez en cuantía inicial para el año 2021 de $1’969.437,oo, por trece mesadas al año, condicionando el disfrute de la prestación a su retiro del sistema. Lo anterior, tras encontrar demostrada una relación laboral entre la demandante y el empleador en mora, así como no haberse

---

ciclos que están en cuestión, por lo tanto, no es procedente reconocerle la prestación a la demandante.

El hilo del asunto su señoría o Honorables Magistrados se tiene en cuenta que las obligaciones que se encuentran a cargo del empleador concernientes a efectuar la afiliación y pago de las cotizaciones al sistema, tales como, pues reportar las novedades que se presentan los largo de su vínculo laboral y según las disposiciones del artículo 38 del Decreto 3041 del 96 y el artículo 22 de la Ley 100 del 93 se indica cuáles son las obligaciones para con el empleador.

Así las cosas, pues se cae de que su propio peso la mora patronal que se arguye teniendo en cuenta pues que como bien lo establece la ley del 93, la jurisprudencia de la jurisdicción ordinaria laboral, Sala laboral, es cierto que las entidades administradoras de los fondos pensionales tiene la facultad de efectuar el cobro coactivo por parte del empleador, pero también lo es que conforme a los mandatos expuestos por la jurisprudencia laboral, los jueces pues pueden ordenar el pago de los aportes de manera tal, que se cumpla o se satisfaga pues los periodos en controversia. Si bien es cierto COLPENSIONES recibió por parte de la demandante solicitudes de reconocimiento de prestación, COLPENSIONES no reconoce la prestación, teniendo en cuenta pues que está cobijado o está siendo o acata como tal ordenamiento jurídico en el sentido de que no se puede reconocer una prestación sin el lleno de los requisitos legales, por esta situación de los tiempos que no son tenidos en cuenta por las situaciones que se conoce en el plenario, COLPENSIONES no reconoce la prestación, por ende, debe revocarse la sentencia en su integralidad, de esta manera dejó sentado mis alegatos de conclusión, muchas gracias.

acreditado ninguna gestión de cobro de las cotizaciones en mora por parte de Colpensiones, por lo que estimó que la entidad demandada es la llamada a responder por la prestación pensional de la demandante. Encontró que la actora cumple con los requisitos establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y cuenta con un total de 1.849,14 semanas de cotización. Efectuó el cálculo de la mesada pensional tomando en cuenta los últimos 10 años de labor, por ser más favorable a la afiliada y aplicó una tasa de reemplazo del 79.03%, teniendo en cuenta las semanas de cotización adicionales a las primeras 1.300.

De tal manera, habida cuenta que además del recurso de apelación se conoce del presente proceso en razón al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se abordará el estudio del presente asunto en lo que le fue desfavorable a esa entidad.

Bajo tal entendido, habrá de determinarse si a la demandante le asiste el derecho a acceder al derecho pensional solicitado con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993[2] modificada por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, disposición que exige, para el caso de las mujeres, haber alcanzado la edad de 57 años -a partir del 2014-, y cotizaciones en total de 1.000 semanas las cuales se incrementarán a partir del 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 en el año 2015. Al efecto, se encuentra copia del documento de identidad de la demandante (fol. 10), en el cual se consigna como fecha de nacimiento el 9 de enero de 1960, por lo que acreditó la edad exigida de 57 años, el mismo día y mes del año 2017.

Ahora, no fue objeto de reparo por parte de Colpensiones, que la demandante prestó sus servicios como empleada de la sociedad Fertilizantes Colombianos S.A., hecho que se colige de los comprobantes de nómina (fls. 12 a 21), de la historia laboral aportada por Colpensiones (fls. 95 a 99) y de la certificación laboral expedida

---

[2] *"**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".

por FERTICOL S.A. (fl. 11 exp. físico), en la que consta que la actora prestó sus servicios a esa sociedad en los siguientes períodos:

-1 de febrero de 1984 a 2 de diciembre de 1984,

-21 de enero de 1985 al 8 de diciembre de 1985,

-20 de enero de 1986 al 5 de diciembre de 1986,

-19 de enero de 1987 al 2 de diciembre de 1987,

-20 de enero de 1988 al 4 de diciembre de 1988,

-16 de enero de 1989 al 10 de diciembre de 1989,

-22 de enero de 1990 al 2 de diciembre de 1990

-Y del 4 de febrero de 1991 por lo menos hasta el 3 de abril de 2018, fecha de expedición de la certificación laboral.

En cuanto a la densidad de semanas de cotización, revisado el reporte de semanas cotizadas en pensión actualizado a 31 de mayo de 2018 que emitiera la administradora llamada a juicio (*archivo* "GRP-SCH-HL-2018_5067853-20180531034956", *expediente administrativo aportado por Colpensiones, cd. folio 90, expediente físico*), se advierte que Colpensiones registra a nombre de la demandante 1.205 semanas, de las cuales 653 semanas, fueron cotizadas a 31 de diciembre de 1994 y sus pagos están debidamente aplicados, conforme el citado informe, así como el reporte de semanas cotizadas en pensión para el periodo comprendido entre los años 1967 y 1994 aportado por la demandada (*archivo* "GRF-HLA-AF-2018_5067853-20180531090910", *expediente administrativo aportado por Colpensiones, cd. folio 90, expediente físico*).

Así mismo, en el reporte actualizado a 31 de mayo de 2018, a que ya se hizo referencia, se advierten todos los pagos efectuados a partir de 1995 con la observación "*pago aplicado al periodo declarado",* pese a que el empleador reportó 30 días en la casilla 44 que corresponde a "*días reportados: Número de días trabajados y reportados por el aportante en cada uno de los periodos".*

Ahora, entre el 1° de enero de 1995 y el 3 de abril de 2018, fecha de expedición de

la certificación laboral ya referida (folio 11) transcurrieron 1.196,14 semanas, que sumadas a las 653 cotizadas antes de 31 de diciembre de 1994 ascienden a 1.849,14 semanas, que restadas a las 1.205 reconocidas por Colpensiones en su reporte, conlleva como resultado que Colpensiones no ha contabilizado 644 semanas laboradas por la aquí demandante, número de semanas que resulta coincidente a lo confesado por Colpensiones en las resoluciones SUB 207071 de 3 de agosto de 2018 (fls 32 a 34) y DIR 15054 de 15 de agosto de 2018 (fls. 41 a 44), donde afirmó:

> *"Que mediante el radicado BZG 2018_5389082 la Dirección de afiliaciones e historia laboral, se solicitó la corrección y/o actualización de los siguientes períodos:*
>
> *Año 2002 Todos los meses del año*
>
> *Año 2004 septiembre a diciembre*
>
> *Año 2005 febrero a diciembre*
>
> *Año 2006 Todos los meses del año*
>
> *Año 2007 enero a abril y de octubre a diciembre*
>
> *Año 2008 todos los meses del año*
>
> *Año 2009 enero a marzo, de mayo a julio y noviembre*
>
> *Año 2010 marzo a diciembre*
>
> *Años 2011,2012,2013,2014 todos los meses del año*
>
> *Año 2015 enero a noviembre*
>
> *Año 2016 diciembre*
>
> *Año 2017 todos los meses del año*
>
> *Año 2018 enero a la fecha mes de abril*
>
> *Se realizan las validaciones en las cuales efectivamente no están estos ciclos en la historia laboral unificada, además otras validaciones de NEL, consulta afiliado y SIAFP, donde se evidencia que el afiliado ha estado vinculado con un mismo patronal, de manera constante y continua y por este se realiza caso de cobro al empleador (...)"*

No obstante la situación descrita, no le era dable a la demandada descontar tales periodos de cotización, en detrimento de los derechos de la afiliada, como quiera que, no obra en el expediente ninguna constancia relativa a que Colpensiones hubiera adelantado alguna acción de cobro tendiente a corregir las inconsistencias registradas en los pagos de los aportes. Nótese, que las cotizaciones se causaron

y el empleador era quien debía realizarlas, sin que el trabajador pueda ver truncado su derecho pensional por el hecho de la mora en el pago de las mismas, ello por cuanto tal situación en manera alguna puede acarrear consecuencias negativas para el afiliado, debiendo contabilizarse dichas semanas en la sumatoria total.

Precisando la Sala, además de la mora, se presenta también una actitud omisiva de la entidad de seguridad social en adelantar las respectivas gestiones de cobro, pues era conocedora que la afiliación de la demandante, que respecto del empleador Fertilizantes de Colombia data desde el año 1984, como se desprende de la historia laboral expedida por COLPENSOINES, iterando no podrían atribuirse consecuencias negativas a la afiliada ante la omisión de la entidad en tal sentido e imponerse además, la carga de cobro al mismo, pues es a las entidades y no a los trabajadores a quienes, de acuerdo con el artículo 24 de la Ley 100 de 1993 "*Corresponde adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador*". Al respecto puede consultarse la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia condensada en las sentencias con radicación 34202[3], 34270 de 2008, así como 31307 y 35477 de 2009 y en sentencia proferida dentro de la radicación No. 43781[4] del 14 de agosto de 2013 SL-552.

---

[3] *"Y es que si bien la Sala mayoritariamente, venía sosteniendo que los períodos laborados pero no cotizados por los empleadores para pensiones, no podían tenerse en cuenta, y era éste quien debía cubrir los riegos de IVM debido a la mora; tal posición jurisprudencial fue modificada, también por mayoría de sus miembros, a partir de la sentencia del 22 de julio de 2008 radicación 34270, que en esta oportunidad se reitera, en el sentido de considerar, que para establecer las consecuencias del incumplimiento del empleador, en el pago las cotizaciones al sistema, es preciso examinar las acciones desplegadas por la administradora de pensiones, para el recaudo efectivo de los correspondientes aportes, pues si ésta ha omitido hacerlas o ha sido negligente en las gestiones de cobro, es ella quien debe asumir el pago de la pensión."*

[4] *"El censor controvierte el cómputo de las semanas realizado por el Tribunal y se centra en los siguientes puntos: i) que en el folio 8 están acreditadas 4,285 semanas que no fueron tenidas en cuenta; ii) que antes de 1994 y dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad de 60 años, se reportaron 86,857 semanas, con el empleador Justo Jaramillo e Hijos Ltda., que tampoco fueron contabilizadas; iii) y que el examen correcto de los listados de periodos cotizados en el régimen subsidiado, determina un total de 411,428 semanas, "(…) pues ha de tenerse en cuenta que las fechas que se repiten son las del recaudo más no hace referencia a los meses cotizados, como en forma errada lo hizo el sentenciador de segunda instancia."*

Planteada la acusación en los referidos términos, la Sala observa, en primer lugar, que en el documento de folio 11 se encuentra reflejado un periodo de afiliación del actor con el empleador Justo Jaramillo e Hijos Ltda., entre el 1 de diciembre de 1992 y el 8 de agosto de 1994, que, efectivamente, no se replica en el resumen de periodos pagados del folio 13, y que determinaría un total de 608 días, como lo alega el censor.

Es cierto también que dicho periodo no fue asumido por el Tribunal en su cómputo y debió serlo, pues está incluido dentro de los 20 años anteriores a la fecha en la que el actor cumplió la edad de 60 años, esto es, en el periodo comprendido entre el 4 de enero de 1986 y el 4 de enero de 2006. Por otra parte, ni el Instituto de Seguros Sociales ni el Tribunal opusieron alguna razón jurídica válida para restarle efectividad a ese ciclo. Y

Ello por cuanto, además de la jurisprudencia citada en precedencia, en el evento de no realizar las gestiones de cobro respectivas por parte de la administradora de pensiones a los empleadores morosos, es a dicha entidad a quien corresponde asumir las prestaciones, de ésta manera lo dejó sentado la Corte Suprema de Justicia en Sentencia proferida dentro de la Radicación No. 35777 del 25 de mayo de 2009 al indicar que, *"Las cotizaciones causadas, consignadas en la historia de la seguridad social como créditos, se han de contabilizar como cotización, aún sea de manera transitoria, hasta tanto la administradora haga efectivo el cobro, caso en el cual la cotización adquiere su valor definitivo, o hasta que acredite ser incobrable, luego de haber gestionado diligentemente su pago al empleador, caso en el cual, la cotización se declara inexistente".*

En ese orden, para efectos pensionales deben tenerse por incluidos en la historia laboral del demandante, los periodos comprendidos entre el 1° de enero de 1995 y el 3 de abril de 2018, fecha de expedición de certificación laboral analizada, que corresponden a 644 semanas de cotización, tal como lo analizó la juez de primer grado, con las cuales se arriba a un total de 1.849,14 semanas de cotización.

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 al efecto que en el expediente milita copia de su cédula de ciudadanía (fl. 10) en la

---

aunque en el documento de folio 11 se registra la anotación de deuda, ello no impide que se tenga en cuenta como tiempo valido de cotización.

Esta Sala de la Corte ha sostenido al respecto que las entidades de seguridad social tienen el deber de perseguir, a través de los mecanismos legales pertinentes, el pago de las cotizaciones de sus afiliados, so pena de que asuman la responsabilidad por el pago de las prestaciones, y que, "(…) para el caso específico del ISS, de conformidad con el Estatuto de Cobrazas previsto en el Decreto 2665 de 1988, debe tener por válidas transitoriamente las cotizaciones hasta tanto no se de por calificada de incobrable la deuda por aportes, y sean declaradas inexistentes. Estas disposiciones se han de considerar vigentes por disposición de la Ley 100 de 1993, artículo 31, y por cuanto si bien se han expedido reglamentos en materia de afiliaciones, cotizaciones y aportes, no se ha hecho lo propio en materia de cobranzas." Sentencia del 22 de julio de 2008, Rad. 34270, reiterada en la del 21 de marzo de 2012, Rad. 38756.

En ese sentido, el Tribunal incurrió en el error de hecho denunciado por la censura, de no dar por demostrado, estándolo, que el actor cotizó como trabajador dependiente 608 días, entre el 1 de diciembre de 1992 y el 8 de agosto de 1994".

que se registra como fecha de nacimiento el 9 de enero de 1960, por lo que a 1° de abril de 1994 contaba con 34 años y para esa data contaba con 614 semanas de cotización como se colige de la historia pensional aportada (*archivo* "GRP-SCH-HL-2018_5067853-20180531034956", *expediente administrativo aportado por Colpensiones, cd. folio 90, expediente físico*), es claro que no es beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que la prestación pensional deber ser estudiada con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993[5], 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.

De esta manera, como ya se mencionó, la demandante nació el 9 de enero de 1960 y por tanto acreditó la edad exigida de 57 años, el mismo día y mes del año **2017**; en cuanto a la cantidad de semanas de cotización, conforme se analizó en precedencia, actualmente cuenta con 1.849.14 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones y consecuentemente tiene configurado su derecho pensional.

Acreditados los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez, la juez a quo, conforme lo previsto en el inciso 3º del artículo 21 de la ley 100 de 1993, procedió a su liquidación; efectuó los cálculos correspondientes con los últimos diez años de cotización por ser más favorable a la actora y para los periodos en los cuales COLPENSIONES no reportó el salario de la trabajadora, efectuó el reajuste del mismo con base en la variación porcentual del IPC, argumentando para ello la garantía de movilidad salarial de que trata el artículo 53 de la Constitución Política y aplicó una tasa de reemplazo del 79.03%, determinando así como primera

---

[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".

mesada pensional inicial para el año 2021 la suma de $1’969.437, condicionando el disfrute de la prestación al retiro de la accionante del sistema general de pensiones.

Al tema, la Sala no comparte la decisión de la juzgadora de aplicar a los periodos en los que no obra reporte del salario de la demandante, el salario reajustado con base en la variación porcentual del IPC, como quiera que correspondía a la demandante demostrar cual fue el ingreso percibido durante los períodos de cotización echados de menos; sin embargo, no cumplió con esa carga probatoria, lo que impone que deba tomarse como base salarial para los ciclos de cotización que no fueron contabilizados por Colpensiones y a los que se hizo referencia en la resolución DIR 15054 de 15 de agosto de 2018 (fls. 41 a 44) el equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, en los términos del artículo 132 C.S.T.

Teniendo en cuenta lo anterior, 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 esta vez se tuvo en cuenta como IBL el promedio de lo cotizado en toda la vida laboral por ser más favorable a la demandante, aplicando una tasa de reemplazo del 79.67% 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, en el entendido que 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, como lo explicó la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL 3207 del 18 de agosto del 2020.

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 **$1’292.830,73.**

Cálculo Toda la vida Laboral							
AÑO	***Nº. Días***	***IPC inicial***	***IPC final***	***Factor de indexación***	***Sueldo promedio mensual***	***Salario actualizado***	***Salario anual***
1979	*183*	*0,560*	*96,92*	*173,071*	*$ 4.410,00*	*$ 763.245,00*	*$ 4.655.794,50*
1981	*275*	*0,900*	*96,92*	*107,689*	*$ 5.790,00*	*$ 623.518,67*	*$ 5.715.587,78*
1983	*275*	*1,410*	*96,92*	*68,738*	*$ 9.480,00*	*$ 651.632,34*	*$ 5.973.296,45*
1984	*343*	*1,650*	*96,92*	*58,739*	*$ 29.970,70*	*$ 1.760.460,74*	*$ 20.127.934,42*
1985	*365*	*1,950*	*96,92*	*49,703*	*$ 34.717,45*	*$ 1.725.546,39*	*$ 20.994.147,70*
1986	*341*	*2,380*	*96,92*	*40,723*	*$ 39.654,99*	*$ 1.614.857,64*	*$ 18.355.548,49*

1987	*331*	*2,880*	*96,92*	*33,653*	*$ 47.618,97*	*$ 1.602.510,71*	*$ 17.681.034,83*
1988	*325*	*3,580*	*96,92*	*27,073*	*$ 59.566,98*	*$ 1.612.634,68*	*$ 17.470.209,02*
1989	*365*	*4,580*	*96,92*	*21,162*	*$ 74.812,11*	*$ 1.583.141,85*	*$ 19.261.559,14*
1990	*341*	*5,780*	*96,92*	*16,768*	*$ 90.265,25*	*$ 1.513.582,69*	*$ 17.204.389,93*
1991	*349*	*7,650*	*96,92*	*12,669*	*$ 91.793,21*	*$ 1.162.953,97*	*$ 13.529.031,13*
1992	*366*	*9,700*	*96,92*	*9,992*	*$ 158.279,02*	*$ 1.581.484,77*	*$ 19.294.114,19*
1993	*365*	*12,140*	*96,92*	*7,984*	*$ 190.692,99*	*$ 1.522.402,33*	*$ 18.522.561,63*
1994	*347*	*14,890*	*96,92*	*6,509*	*$ 207.081,90*	*$ 1.347.909,85*	*$ 15.590.823,93*
1995	*360*	*18,250*	*96,92*	*5,311*	*$ 318.083,33*	*$ 1.689.240,37*	*$ 20.270.884,38*
1996	*360*	*21,800*	*96,92*	*4,446*	*$ 385.833,33*	*$ 1.715.365,44*	*$ 20.584.385,32*
1997	*360*	*26,520*	*96,92*	*3,655*	*$ 469.500,00*	*$ 1.715.834,84*	*$ 20.590.018,10*
1998	*360*	*31,210*	*96,92*	*3,105*	*$ 546.916,67*	*$ 1.698.403,18*	*$ 20.380.838,19*
1999	*359*	*36,420*	*96,92*	*2,661*	*$ 636.075,21*	*$ 1.692.707,56*	*$ 20.256.067,11*
2000	*360*	*39,790*	*96,92*	*2,436*	*$ 687.750,00*	*$ 1.675.213,12*	*$ 20.102.557,43*
2001	*359*	*43,270*	*96,92*	*2,240*	*$ 782.144,85*	*$ 1.751.917,69*	*$ 20.964.615,05*
2002	*360*	*46,580*	*96,92*	*2,081*	*$ 309.000,00*	*$ 642.942,89*	*$ 7.715.314,73*
2003	*356*	*49,830*	*96,92*	*1,945*	*$ 869.573,03*	*$ 1.691.330,89*	*$ 20.070.459,94*
2004	*360*	*53,070*	*96,92*	*1,826*	*$ 713.333,33*	*$ 1.302.737,27*	*$ 15.632.847,18*
2005	*360*	*55,990*	*96,92*	*1,731*	*$ 445.375,00*	*$ 770.954,55*	*$ 9.251.454,55*
2006	*360*	*58,700*	*96,92*	*1,651*	*$ 408.000,00*	*$ 673.651,79*	*$ 8.083.821,47*
2007	*360*	*61,330*	*96,92*	*1,580*	*$ 802.825,00*	*$ 1.268.706,98*	*$ 15.224.483,74*
2008	*360*	*64,820*	*96,92*	*1,495*	*$ 461.500,00*	*$ 690.042,89*	*$ 8.280.514,66*
2009	*360*	*69,800*	*96,92*	*1,389*	*$ 913.275,00*	*$ 1.268.117,66*	*$ 15.217.411,98*
2010	*360*	*71,200*	*96,92*	*1,361*	*$ 679.166,67*	*$ 924.506,09*	*$ 11.094.073,03*
2011	*360*	*73,450*	*96,92*	*1,320*	*$ 535.600,00*	*$ 706.744,07*	*$ 8.480.928,85*
2012	*360*	*76,190*	*96,92*	*1,272*	*$ 535.600,00*	*$ 681.327,63*	*$ 8.175.931,54*
2013	*360*	*78,050*	*96,92*	*1,242*	*$ 535.600,00*	*$ 665.090,99*	*$ 7.981.091,92*
2014	*360*	*79,560*	*96,92*	*1,218*	*$ 535.600,00*	*$ 652.467,97*	*$ 7.829.615,69*
2015	*360*	*82,470*	*96,92*	*1,175*	*$ 816.487,50*	*$ 959.548,54*	*$ 11.514.582,54*
2016	*360*	*88,050*	*96,92*	*1,101*	*$ 2.596.787,83*	*$ 2.858.383,61*	*$ 34.300.603,31*
2017	*360*	*93,110*	*96,92*	*1,041*	*$ 737.717,00*	*$ 767.903,89*	*$ 9.214.846,74*
2018	*120*	*96,920*	*96,92*	*1,000*	*$ 781.242,00*	*$ 781.242,00*	*$ 3.124.968,00*
Total días	***12965***	***Total devengado actualizado a:***				***2018***	***$ 558.718.348,58***
Total semanas	***1849,14***	***Ingreso Base Liquidación***					***$ 1.292.830,73***

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 2018					
IBL / SMMLV	*$ 1.292.830,7*		*$ 781.242,0*	*1,6548*	
No. SMMLV*0,5	*1,6548*			*0,827420142*	
65,50%	*-*		*0,8274*	***64,6726***	
Semanas adicionales a 1300-1800			*500*		
500 / 50 * 1,5			*15*		
64,67%	*+*	*15,00%*		***T. R.***	***79,6726%***

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 **$1’030.031,60** para el 2018.

Ingreso Base Liquidación	***$ 1’292.830,73***
Porcentaje aplicado	***79,67%***
Primera mesada	***$ 1’030.031.60***

Y para los años siguientes hasta el 2022, la mesada es como sigue:

Tabla Mesada Pensional					
Fecha inicial	***Fecha final***	***Incremento %***	***Valor mesada calculada***	***N°. Mesadas***	***Subtotal***
01/01/18	*31/12/18*	*4,09%*	*$ 1.030.032,00*	*0,00*	*$ 0,0*
01/01/19	*31/12/19*	*3,18%*	*$ 1.062.787,00*	*0,00*	*$ 0,0*
01/01/20	*31/12/20*	*3,80%*	*$ 1.103.173,00*	*0,00*	*$ 0,0*
01/01/21	*31/12/21*	*1,61%*	*$ 1.120.934,00*	*0,00*	*$ 0,0*
01/01/22	*31/12/22*	*5,62%*	*$ 1.183.930,00*	*0,00*	*$ 0,0*

En relación con el disfrute de la prestación, como lo señaló la juez a quo, teniendo en cuenta que en autos no se acreditó la desafiliación de la demandante al sistema de pensiones, el inicio de su pago se condiciona a su retiro del sistema.

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 en relación con el monto de la mesada pensional, que como ya se analizó, para el año 2022, corresponde a la suma de $1’183.930 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

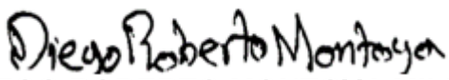
PRIMERO: MODIFICAR el ordinal cuarto de la parte resolutiva de la sentencia emitida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, en el

sentido de determinar que la mesada inicial para el año 2022 corresponde a $1’183.930.

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

CUARTO: 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 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. 38 2016 00432 02).

Bogotá D.C., treinta (30) de junio dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por ambas partes mediante correos electrónicos del 15 de julio del 2021, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 13, numeral 1º de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS S.A. -EPS SANITAS-** contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 11 de junio del 2021 *(Audio Archivo 22, record: 1:05:44)*, en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL EN SALUD- ADRES,** en su condición de sucesora del **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÒN SOCIAL** de todas y cada una de las pretensiones indemnizatorias y consecuenciales a ellas formuladas en la demanda, por la **EPS SANITAS S.A.,** lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.*
>
> ***SEGUNDO: EXCEPCIONES.** Dadas las resultas del juicio el Despacho se considera relevado del estudio de las propuestas.*
>
> ***TERCERO: COSTAS.** Lo serán a cargo de la entidad demandante. Por secretaria practíquese la liquidación de costas en firme la presente providencia, incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de $1.500.000 en favor de la accionada.*

> ***CUARTO:*** *Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con el SUPERIOR.".*

Inconforme con la decisión el apoderado de la sociedad demandante interpuso recurso de apelación en relación con la absolución de los 198 recobros contenidos en 257 ítems y reclamados en el libelo introductorio, manifestando que se aparta en su totalidad de la sentencia emitida por el *a quo*, ya que, no se encuentra conforme con la aplicación del término de caducidad tenido en cuenta por el sentenciador.

Al respecto, precisó que, el artículo 11 del Decreto 019 de 2012 y el término de caducidad previsto en el Código Contencioso Administrativo no proceden en estos casos, teniendo en cuenta lo previsto en el capítulo 8º del Decreto 019 que se denomina: "*Trámites y Procedimientos del Sector Administrativo de Salud y de la Protección Socia*l", es decir, en su sentir considera que esta norma regula los procedimientos del sector administrativo pero en ninguna parte se hace alusión a normas generales de la prescripción, incluida los códigos procesales.

Consideró el recurrente que, para este tema en concreto, existe una regulación especial, que tiene que ver con Laboral y Seguridad Social, sumado a que, existe multiplicidad de pronunciamientos en relación con la competencia y, por ende, la aplicación de las normas dentro de estos procesos de recobros, ya fueron asignados a los Juzgados Laborales. Arguye que, si bien es cierto estamos frente a un proceso especial porque hubo un conflicto de competencia, se debe tener en cuenta que al final se determinó el conocimiento a esta jurisdicción, siendo procedente dar aplicación a las normas propias del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, y no hacer una mixtura entre normas del Código Contencioso Administrativo para temas de caducidad y el Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

Manifestó que si bien es cierto se tratan de prestaciones causadas entre los periodos 2009 y el 2014, la demanda se presentó dentro de los términos contemplados en las normas referentes a la prescripción en materia laboral, es decir, dentro de los 3 años, resaltando el numeral 5º del artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y Seguridad Social el cual señala que es de competencia, también de la especialidad laboral, conocer de las obligaciones emanadas de las

relaciones del trabajo y el sistema de seguridad social integral que no corresponda a otra autoridad.

De tal forma, insistió en que la legislación actual le reconoce a la EPS demandante la facultad de actuar ante el ADRES, tanto en etapa administrativa como en etapa judicial para el correspondiente reconocimiento y pago de los recobros motivados por las prestaciones de los distintos servicios y tecnologías que no están cubiertos por el Plan de Beneficios, antes POS.

Sumado a lo expuesto, argumentó el recurrente que se hizo una indebida aplicación del artículo 122 del Decreto 019 de 2012, denominado "*Decreto Anti Trámites*", ya que, en su sentir, dicha norma no es aplicable a los procesos ordinarios laborales, pues se está bajo el amparo de las normas del derecho laboral y por ende, debe contabilizarse el término de los 3 años y no el término de caducidad, previsto en la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En relación con las pruebas practicadas, consideró que el a quo no hizo ningún pronunciamiento, así como en el cuestionario practicado al perito, no se controvirtió ni desvirtuó lo expuesto en el dictamen, en el cual, ítem a ítem, se expuso una serie de motivos por los cuales procedía cada recobro, prueba que tiene el carácter de ser científico y autorizado. Estimó, el estudio se detuvo únicamente en establecer si operó la caducidad, haciéndose una aplicación indebida de las normas, y cercenando la posibilidad de determinar si dichos recobros proceden o no, siendo competencia de esta Corporación determinar si se hizo una aplicación debida de las normas, concretamente, si en te caso opera el fenómeno de la caducidad u opera el término de prescripción de los 3 años y desde qué momento se debe contar.

Dejado claro lo anterior, la EPS demandante solicita se establezca si procede o no el reconocimiento y pago de los recobros enlistados en la demanda, en consonancia con las pruebas allegadas, las cuales, no fueron controvertidas o debatidas por la contra parte, ya que, las preguntas relacionadas con el dictamen simplemente se circunscribieron a formalidades y no, de fondo. En este punto, aclara que se debe esclarecer si están mal formuladas las pretensiones de la demanda, ya que, en su sentir se está solicitando por la vía del proceso

declarativo un tema indemnizatorio, acción que nace por el no reconocimiento y pago injustificado de servicios prestados.

Por último, solicitó que se acceda al reconocimiento y pago de los intereses moratorios por la negativa injustificada de la entidad demandada derivada de la imposición de glosas mal motivadas, como también estarían llamados a prosperar los gastos administrativos generados por el desgaste de la EPS al prestar servicios de tecnologías no contempladas en el POS hoy Plan Básico de Salud, haciendo un uso extra de la infraestructura. *(Audio archivo 22 expediente digital, record: 1:13:31 a 1:20:59)*[1].

---

[1] **APODERADO DEMANDANTE:** Gracias ya doctor, encontrándome dentro del término y una vez puntualizado los aspectos en virtud de los cuales no se conceden las pretensiones a mi representada me permito sustentar el recurso de apelación de forma muy concreta, básicamente puntualizando que no estamos conformes ni de acuerdo con la aplicación del termino de caducidad a este tipo de procesos, es importante precisar que en relación con la prescripción se considera que el termino de prescripción adoptado en relación de la medida del artículo 11 del decreto 619 de 2012 y en segunda el termino de caducidad del CPACA que se le está aplicando para estos casos no procede como tal, téngase en cuenta que se considera que para este tipo de casos debemos remitirnos y estudiar lo relacionado con el capítulo octavo del citado decreto estoy hablando en este caso decreto 019 de 2019 que se denomina tramites y procedimientos de planes administrativos en salud y en a protección social esta regula los procedimientos del sector administrativo pero en ninguna parte se está haciendo alusión a las normas creadas de la prescripción incluidas en los códigos procesales y es que en concreto tenemos una regulación especial y versa sobre todo lo que tiene que ver laboral y seguridad social ¿sí? Y como ya se es conocido por el despacho existe multiplicidad de pronunciamientos en relación con la competencia y por ende la aplicación de las normas y el abanico que ha de acoger todos los procesos de recobros en este caso ya que fueron asignados dichas competencia a los juzgados laborales ¿sí?

Si bien es cierto estamos en unos procesos especiales, denominados especiales porque hubo un conflicto de competencia unos conflictos de competencia que la fin se suscitaron determinando la competencia para los juzgados laborales, las normas que se deben aplicar son las propias de los códigos procesales de trabajo y la seguridad social no hacer una mixtura entre normas del tema contencioso para el tema de la caducidad y otras en relación con el código procesal del trabajo y de la seguridad social para la EPS aplicando las que más perjudican a la EPS en este caso de la caducidad, téngase en cuenta que si bien es cierto estamos hablando de prestaciones entre el 2009 y el 2014 la demanda se presentó ante los términos contemplados en, las normas referentes a la prescripción en materia laboral, es decir dentro de los tres años siguientes ¿sí?

Es importante resaltar el numeral quinto del artículo segundo del CPT y de la seguridad social el cual señala que es de competencia también de la especialidad laboral conocer la ejecución de obligaciones emanadas de las relación de trabajo y del sistema general de social integra que no corresponda a otra autoridad puesto como se ha insistido la legislación actual le reconoce a la EPS la facultad de acudir ante la Adres en etapa administrativa y también en etapa judicial para el reconocimiento y pago de los recobros motivados por la prestación de los distintos servicios, tecnologías y demás en razón de los fallos de tutela ¿sí? Que no están cubiertos en el plan de beneficios antes POS ¿sí?

También se hace una indebida aplicación del decreto 722 de decreto 019 denominado decreto anti tramites ya que esa norma no es aplicable a los procesos ordinarios laborales ¿sí? Como lo que se está tramitando ¿sí? Por lo tanto, nosotros estaríamos bajo el amparo de las normas propias del derecho laboral ¿sí? Y debería contabilizarse el termino de tres años y no el termino de caducidad, además en relación con las pruebas que aquí se practicaron no se hizo ningún pronunciamiento y en el cuestionario de controversia, no se controvirtió ni se desvirtuó lo expuesto en dicho dictamen en el cual ítem a ítem tecnologia-tecnologia para cada recobro se expuso una seria de motivos por los cuales procedía el recobro ¿sí? pero sobre esa parte, sobre esa prueba, prueba científica y autorizada, no se dijo absolutamente nada ni por la contraparte la doctora, ni por el despacho es decir simplemente el estudio se detuvo en que opero la caducidad y, por lo tanto, no, pues entendible que no se va más allá, pero al estarse haciendo en nuestra consideración una aplicación indebida de las normas pues se cercena la posibilidad de determinar si dichos recobros proceden o no ¿sí? Por lo cual

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 en las páginas 9 a 11 del expediente (Archivo 1 expediente digital), las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos en las páginas 11 a 29 (ibídem) solicitando, se declare la responsabilidad de la **NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** en la causación de los perjuicios en la modalidad de daño emergente, irrogados a **EPS SANITAS S.A.,** con ocasión al daño antijurídico derivado del rechazo infundado de 198 recobros, discriminados en 257 ítems, y, que como consecuencia de ello, se ordene el pago de $288.300.236 en la modalidad de indemnización del daño emergente. Igualmente, solicita el pago de $28.830.023 por gastos administrativos, equivalente al 10% del valor recobrado, intereses moratorios a la tasa máxima o en subsidio la actualización de las sumas adeudadas, pago de costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus pretensiones, pues el sentenciador de primer grado consideró que** le corresponde a la EPS garantizar la prestación de los servicios de salud de manera integral a sus afiliados en aquellos eventos en los que se incurra en gastos al prestar servicios de salud no incluidos en el POS

---

considero respetuosamente que el tribunal debe entrar a determinar si se está haciendo la aplicación debida de las normas ¿sí? Si en este caso opera los términos de caducidad ¿sí? U opera el termino de prescripción de los tres años y desde que momento se debe contar porque es que no se debe contabilizar desde la prestación de los servicios y además todo el tema relacionado con superado el tema de la prescripción de los tres años que debe contabilizarse en estos casos si procede o no procede el reconocimiento y pago de dichos recobros que se están pretendiendo ¿sí? Todo esto en consonancia de las pruebas que como ya se dijo no fueron controvertidas, no fueron controvertidas por la contraparte ya que las preguntas relacionadas con el dictamen simplemente se suscribieron a formalidades, pero nada de fondo, dejando así sentado que existe una procedencia, pero ya tendrá el tribunal de forma respetuosa que determinar si procede o no procede el tema de la caducidad y por ultimo si están mal formuladas las pretensiones o no, porque generalmente nosotros estamos solicitando vía proceso declarativo el tema indemnizatorio y esa es la acción que se nace por el no reconocimiento y pago injustificado que trae como consigo el tema de las indemnizaciones respectivas ¿sí? Por lo tanto y ya para concluir solicito respetuosamente al tribunal se circunscriba al estudio de la presente apelación en sus puntos expuestos y determine si procede o no procede los recobros pretendidos en la demanda primigenia promovida por mi representada.

Así mismo y ya para concluir doctor el tema de los intereses ¿sí? Que consideramos por la negativa injustificada de la imposición de glosas no motivada también estarían llamados a prosperar y los gastos denominados administrativos que si bien es cierto se denominan administrativos no es porque están en etapa administrativa sino es por el desgaste de esta EPS que yo represento de prestar servicios y tecnología no contempladas en el POS ¿sí? Haciendo un uso extra de todo el tema de la infraestructura que requiere prestar estos servicios que no estaban contemplados en el plan de beneficios en salud, por todo lo expuesto solicito se analice estos puntos la presente apelación, muchas gracias señor Marcos Javier y la doctora, muy amables.”

en el entonces plan obligatorio de salud, adujo que, la EPS tiene la posibilidad de recuperar dichos costos a cargo del Fondo de Solidaridad y Garantía en su momento, elevando la solicitud de reintegro la cual debe cumplir los requisitos previstos en la normatividad reguladora del procedimiento de los recobros, precisando que en el caso de autos los recobros fueron radicados en fechas diferentes y en vigencia de las disposiciones del Decreto 1281 de 2002 y la Resolución 2933 de 2006 (derogada por la Resolución 3099 de 2008), por lo que, con base en dicha normatividad se realizó el análisis correspondiente.

Al efecto, citó el juzgador de primer grado el contenido del Decreto Ley 1281 de 2002 en su artículo 15, por medio del cual se reglamenta la protección de los recursos del FOSYGA, concluyendo que el ente auditor del Fosyga al momento de la radicación de los recobros que dieron origen a la presente Litis, estaba facultado para recibir, radicar y tramitar los documentos soporte de los recobros con cargo a los recursos de las subcuentas de compensación y solidaridad, de acuerdo a la normatividad vigente a la fecha de presentación, realizando la auditoria a los recobros a fin de efectuar una evaluación selectiva por muestreo de cada paquete y establecer si procede, y en caso afirmativo enviárselo al Ministerio de Salud y Protección Social para la correspondiente ordenación del gasto y autorización del giro, momento en el cual el administrador fiduciario de los recursos procede a emitir la orden de pago y las comunicaciones del mismo; caso contrario cuando los recobros no reúnen los requisitos de ley no es procedente el envío y por ende tampoco es viable la ordenación del gasto y no es factible su pago, toda vez que la sola presentación no genera derechos ipso facto, es una mera expectativa que se concreta con el cumplimiento de los requisitos legales.

Advirtió el A quo que varias de las cuentas recobradas presentan las glosas denominadas: el medicamento, servicio médico o prestación de salud no corresponde a lo ordenado por el fallo de tutela o al autorizado por el CTC; los valores objeto de recibo ya han sido pagados por el FOSYGA; el fallo de tutela no ordena lo recobrado; lo recobrado corresponde a una exclusión del POS y no se encuentra debidamente justificada en el acta del CTC u ordenada expresamente en el fallo de tutela; la tecnología en salud recobrada está incluido en los planes de beneficios, reseñando lo previsto en el artículo 7º del Decreto 1281 de 2002, el cual regula el trámite de las cuentas presentadas por los prestadores de servicios de salud.

Adujo el juzgador de primer grado que la disposición legal reseñada no prevé que se extinga en este caso para el reclamante el derecho al reembolso que se depreca, sino que dentro de ese contexto a lo que no hay lugar es al reconocimiento de intereses o de otras sanciones de carácter pecuniario, destacando el sentenciador que en el parágrafo primero del artículo 13 del Decreto 1281 de 2002 se estableció que por una única vez el FOSYGA reconocerá y pagará todos aquellos cobros y/o reclamaciones cuya glosa aplicada en el proceso de auditoria haya sido únicamente la de extemporaneidad y respecto de la cual el resultado se haya notificado a la entidad reclamante o recobrante antes de la entrada en vigencia de la presente disposición, siempre y cuando no haya operado el fenómeno de la caducidad previsto en el numeral 8 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo o la norma que lo sustituya, previa nueva auditoría integral que deberá ser sufragada por la entidad reclamante o recobrante según sea el caso en los términos y condiciones que para el efecto fije el Ministerio de Salud y Protección Social. Básicamente, mencionó el sentenciador que lo que se reclama es un reconocimiento indemnizatorio, y que, no se reclama por la entidad demandante expresamente "el reembolso de los recursos correspondientes", en sentir del A quo se está reclamando una indemnización de perjuicios derivado del no pago de esos recursos, concretamente, expuso "*en el presente proceso no se reclamó por la parte demandante el pago de los recursos correspondientes sino el reconocimiento, insiste el Despacho de una indemnización por el no pago respectivo, lo que no comporta un simple error semántico, sino prácticamente un error conceptual con relación a que era lo que se debía haber debatido en el presente trámite procesal".*

Indicó que al no reclamarse en el presente proceso el reembolso efectivo de los valores correspondientes, sino una indemnización producto del no pago, en los términos del inciso final del artículo 7 del Decreto 1281 de 2002, no es procedente ni factible ordenar su pago, toda vez que itera la sola presentación no genera derechos ipso facto, es una mera expectativa que se concreta con el cumplimiento de los requisitos legales y por consiguiente no es dable solicitar el reconocimiento de intereses ni de otras sanciones pecuniarias, como lo sería la declaratoria de responsabilidad y el consiguiente pago de una indemnización de perjuicios en la forma deprecada en el libelo introductorio.

En suma, señaló que no resulta procedente los reclamos de servicios y tecnologías que no corresponde a lo ordenado por el fallo de tutela o al autorizado por el CTC; o que los valores objeto de recibo ya fueron pagados por el FOSYGA; o que el fallo de tutela no ordenó lo recobrado; o que lo recobrado correspondía a una exclusión del POS y no se encontraba debidamente justificada en el acta del CTC u ordenada expresamente en el fallo de tutela; o que la tecnología en salud recobrada estaba incluida en los planes de beneficios.

En lo que refiere a los recobros glosados porque el medicamento o prestación de salud no corresponde a lo ordenado por el fallo de tutela o el autorizado por el CTC, consideró el fallador que, resultaba imperativo que la parte demandante hubiese dado cumplimiento a los requisitos y exigencias previstos en la normativa sobre el tema de recobros, entre ellos que tales recobros fueran ordenados por autoridad judicial competente o autorizados por el CTC, para que además en concordancia con el principio de legalidad del gasto público resultara viable que la administración procediera al reconocimiento y pago, toda vez que los recobros con cargo al FOSYGA se encuentran sujetos al cumplimiento de los requisitos establecidos en la normatividad vigente que regula el procedimiento para obtener el derecho y pago de los mismos y acceder a su reconocimiento implicaría el pago de lo no debido.

Por lo anterior, el juez de primer grado absolvió de los 198 recobros, reiterando que se solicitó fue el pago del daño emergente y no el concepto de los recobros, habiendo sobrepasado el término de caducidad.

Establecido lo anterior y teniendo en cuenta que el presente asunto se conoce en virtud del recurso de apelación interpuesto por la EPS SANITAS, en calidad de demandante, 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.).

Así las cosas, 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 la EPS demandante 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 en las causales denominadas:

i. El medicamento, servicio médico o prestación de salud no corresponde a lo ordenado por el fallo de tutela o al autorizado por el CTC;
ii. Los valores objeto de recibo ya han sido pagados por el FOSYGA;
iii. El fallo de tutela no ordena lo recobrado;
iv. Lo recobrado corresponde a una exclusión del POS y no se encuentra debidamente justificada en el acta del CTC u ordenada expresamente en el fallo de tutela y;
v. La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios.

Conforme lo anterior, en el caso de marras, se tiene que la parte actora reclama el pago de 198 recobros contenidos en 257 ítems, 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 a diferentes usuarios de la EPS SANITAS en el lapso comprendido entre el **19 marzo de 2009** y **03 marzo de 2014,** es decir, en vigencia de las disposiciones del Decreto 1281 de 2002 y la Resolución No. 2933 de 2006 (derogada por la Resolución 3099 de 2008), normatividad que se debe aplicar en este caso.

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación por la parte actora, la Sala encuentra que **los problemas jurídicos** se circunscriben a definir:

a) Si en esta litis es dable dar aplicación al fenómeno de caducidad previsto en la Jurisdicción Contencioso Administrativo o, por el contrario, prevalecen las normas propias de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, contempladas en los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S.

b) Si la parte actora incoa el pago de un reconocimiento indemnizatorio, dejando de lado, el reembolso de los recursos correspondientes -recobros-.

c) Si procede o no el pago de la suma de $288.300.236 a título de indemnización por daño emergente, la suma de $28.830.023 por concepto de gastos administrativos inherentes a la gestión y al manejo de las prestaciones excluidas del POS, equivalentes al 10% del valor de las mismas y, el valor de los intereses moratorios de que trata el artículo 4º del Decreto 1281 de 2002 y las costas del proceso.

Previo a abordar el estudio de los problemas jurídicos mencionados, 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[2], 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 38 Laboral del Circuito, mediante proveído del 17 de julio de 2019 (*Archivo 2 expediente digital, página 279),* 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

[2] 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.

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.

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.

Aclarado lo anterior, se tiene que el Juez de primer grado derivo su decisión en el hecho de la EPS accionante solicitó un reconocimiento de perjuicios en la modalidad de daño emergente por el rechazo infundado de 198 recobros, por fuera del término de caducidad conforme a lo establecido en el artículo 7º del Decreto Ley 1281 de 2002 y en el artículo 122 del Decreto Ley 019 de 2012, los cuales señalan:

DECRETO LEY 1281 DE 2002:

> *"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.".

DECRETO LEY 019 DE 2012:

"Artículo 122: Sin perjuicio de los mecanismos alternativos de solución de conflictos establecidos en la ley, cuando se presenten divergencias recurrentes por las glosas aplicadas en la auditoría efectuada a los recobros ante el FOSYGA, por cualquier causal, el Ministerio de Salud y Protección Social establecerá los lineamientos o procedimientos orientados a su solución, siempre y cuando no haya transcurrido el plazo de caducidad establecido para la acción de reparación directa en el Código Contencioso Administrativo. En estos casos, el costo de la nueva auditoría integral deberá ser sufragado por la entidad recobrante.

"Cuando la glosa se origine en la inclusión en el POS de las tecnologías en salud recobradas al FOSYGA, se aplicará el concepto que para el efecto expida la Comisión de Regulación en Salud CRES, quien será la competente para determinar en forma definitiva si se encuentran o no incluidas, tanto para lo contenido en las normas expedidas por esa Comisión como para lo previsto en normas anteriores. Emitido el concepto de la CRES y efectuada la auditoría integral, en caso de ser favorables, se procederá al trámite de pago.

"Para los recobros que a la entrada en vigencia del presente Decreto ley ya surtieron la auditoría integral y cuya glosa se aplicó por considerar que la tecnología se encontraba incluida en el POS, se aplicará por una sola vez, dentro del año siguiente contado a partir de la vigencia de la presente disposición, siempre y cuando no haya transcurrido el plazo de caducidad establecido para la acción de reparación directa en el Código Contencioso Administrativo*.". (Subrayado y negrilla de la Sala).*

Conforme a lo anterior es necesario tener en cuenta que el artículo 122 del Decreto 019 de 2012 únicamente se refiere al procedimiento para sanear las cuentas de cobro, más de forma alguna un término para tener por extinguidas las acciones de recobro antes las autoridades judiciales, y el artículo 7 de la Ley 1281 de 2002 hace referencia es que no procederán los intereses moratorios ni otras sanciones pecuniarias si no se radica el recobro dentro de los 6 meses contadados a partir de la prestación de los servicios o de la ocurrencia del hecho generador de las mismas, situaciones que no pueden abarcar los recobros aquí planteados ni mucho menos entender que operó el fenómeno de la caducidad pues debe recordarse dentro de este litigio debemos regirnos por el término de prescripción previsto para las facturas cambiarias –3 años Art. 780 Código

Comercio-, come se verá más adelante, advirtiéndose si bien la parte actora solicita el pago de unos perjuicios ha de entenderse e interpretarse que el querer de la parte es la devolución del dinero de los servicios prestados a sus afiliados, los cuales pese a su recobro no fueron pagados por la entidad demandada, por ende esta Sala de decisión en aras de determinar si procede el pago de los $288.300.236 reclamados a título de indemnización de perjuicios, deberá analizar cada una de los recobros elevados por la EPS SANITAS que fueron glosados por la demandada, estableciendo si en efecto procede o no la glosa en que se fundó la negativa de pago por parte del ADRES, sin sujetarlos a un término de caducidad.

Así pues, con el ánimo de determinar si hay lugar al pago de los recobros objeto de demandada y por razones de método se analizará en primer lugar la excepción de **prescripción** propuesta por la demandada en su contestación (página 187, cuaderno 2 expediente digital[3]), para lo cual se ha de recordar 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*

[3] Por auto del 5 de octubre del 2017 se tuvo por contestada la demanda (página 206 Archivo 2 expediente digital)

> *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*

[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

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 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

---

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.

> ***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 reclamados el término trienal en autos se contabiliza a partir de la fecha de prestación del servicio, precisándose las Tecnologías en Salud asumidas por SANITAS EPS, corresponden al periodo comprendido entre entre el **19 marzo de 2009 y 03 marzo de 2014**.

En cuanto a la reclamación administrativa, se evidencia que la misma fue agotada en legal forma conforme a la comunicación visible en las páginas 123 a 128 del archivo 1 del expediente digital, acreditándose que la EPS demandante dio cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 6º del CPTSS, en tanto, al presentar los recobros a la entidad demandada, puso en conocimiento de la administración lo aquí reclamado, la cual tiene radicado No. 201542302290842 de la oficina del MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, del día **18 de diciembre de 2015** y acudió a la jurisdicción el **6 de mayo del 2016** *(ver acta*

[6] Artículos 621 y 774 del Código de Comercio, y 617 del Estatuto Tributario.

reparto pagina 98 archivo 2 expediente digital), notificándose el auto admisorio de la demandada a la pasiva dentro del año que establece el artículo 94 de C.G.P.[7], de modo que con la reclamación interrumpió el término prescriptivo y en esa medida resulta evidente la configuración de la excepción de prescripción de los recobros de las tecnologías en salud prestadas con anterioridad al **18 de diciembre de 2012**, así:

Radicado	***No. Consecutivo interno recobro***	***Clasificación del Servicio entregado***	***Valor de Recobro***	***Fecha Prestación Servico***	***Número de identificación***
25759218	1320305057625	PAQ SUMINISTRO 02 MED THERMO	$ 73.990	2012-11-01	64550723
25809339	122030805338	PET SCAN	$ 3.097.800	2012-06-21	36300165
25671745	121032900008	PHOTODERM MAX TEINTEE SPF 100 CREM FCO X 40ML	$ 152.699	2012-06-29	14882571
25746300	1320305049756	SUMINISTRO DE PILAS REF 675 POWER ON HIGH LEVEL HEARINGH ALTA POTENCIA PARA PROCESADOR DE IMPLANTE COCLEAR	$ 426.723	2012-09-25	99062518665
25746841	134030301670	PLANTILLAS ALMOHADILLA ESCAF	$ 65.999	2011-06-07	31280424
25670091	133030310117	MARLY PREP MAGIS 25%+2%+0.2%+2% CREM CLINICA MARLY POT X 400GR	$ 39.900	2012-05-08	20060832
25670091	133030310117	MARLY PREP MAGIS 25%+2%+0.2%+2% CREM CLINICA MARLY POT X 400GR	$ 39.900	2012-05-08	20060832
25669529	133030308996	MARLY PREP MAGIS 25%+2%+0.2%+2% CREM CLINICA MARLY POT X 400GR	$ 81.299	2012-10-05	20060832
25878893	132030100829	PREVENARÂ® VACUNA CONJUGADA NEUMOCOCICA. 13 VALENTE (DIFTERIA CRM 197 PROTEINA)	$ 178.134	2012-10-18	1107982177
25746334	1320305049801	PSICOPEDAGOGIA	$ 437.800	2012-09-04	1141514877
25721051	132030204577	TERAPIA PSICOPEDAGOGIA	$ 484.000	2012-07-03	1141514877
25644236	132030203825	PSICOPEDAGOGIA	$ 158.600	2012-12-01	1141116123
25756953	1340305054060	QUIRUCIDAL JABON	$ 11.456	2012-07-23	94101817614
25746261	1320305049713	QUIRUCIDAL JABON	$ 22.912	2012-11-19	17101292
25809651	122031211050	QUIRUCIDAL JABON	$ 11.456	2012-11-19	80086222
25720007	1320305009643	RADIOTERAPIA CONFORMACIONAL	$ 4.892.800	2012-09-12	19277975
25808307	1320306014072	RADIOTERAPIA CONFORMACIONALL 3 DCRT	$ 8.477.000	2012-11-07	1098703120

[7] El auto admisorio data del 27 de septiembre de 2016 y se notificó a la demandada el 17 de noviembre de 2016 (Ver páginas 105 y 108 del Archivo 2 expediente digital).

25671093	132030204104	REEMBOLSO POR CONCEPTO DE INTERNACION EN EL INSTITUTO TERAPEUTICO DE LA CONDUCTA INTECI	$ 1.960.000	2012-12-01	1072666793
26035090	132030101465	REHABILITACION ECUESTRE	$ 570.000	2012-11-01	1121879509
25809530	122031009210	REHABILITACION ECUESTRE	$ 270.000	2012-08-17	1121879509
23466007	91034859965	RENITEC 5MG TAB INSTTABENALAPRIL MALEATO	$ 5.160	2009-12-17	96020524273240
26231205	1320312045239	REPROGRAMACION ESTIMULADOR CEREBFAL	$ 247.700	18/12/2012	19104706
25644142	132030203726	MANTENIMIENTO SILLA DE RUEDAS E INSUMOS	$ 1.627.110	2012-12-18	1000944783
25794592	1340306014677	SOMBRILLA TITANIO PROTECCION S	$ 266.667	2012-03-30	1097498861
23588156	101030000506	SYNTHROID 50MCG TABTABLEVOTIROXINA SODICA	$ 325	2010-01-07	1010045222
24270425	111031314408	SYNTHROID 50MCG TAB CAJ X 30TABLEVOTIROXINA SODICA	$ 9.633	2011-04-06	1010045222
25670091	133030310117	TEARS NATURALEÂ® SOLUCION OFTALMICA ESTERIL	$ 22.022	2012-05-08	20060832
26035090	132030101465	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	$ 600.000	2012-11-01	1121879509
26035082	132030100337	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	$ 600.000	2012-09-03	1121879509
26012138	1320309055593	ANALISIS DEL COMPORTAMIENTO APLICADO ABA	$ 1.997.800	2012-12-03	1048434223
25759232	1320305057643	MANEJO CON TECNICA COMPORTAMENTAL METODOLOGIA ABA	$ 5.757.800	2012-12-01	1007975211
25746296	1320305049752	TERAPIA TIPO ABA	$ 2.997.800	2012-12-03	1098610658
25746285	1320305049740	MANEJO INTEGRAL CON TERAPIA INTENSIVA PERSONALIZADA COMPORTAMENTAL METODOLOGIA ABA	$ 2.997.800	2012-08-14	1098610658
25655988	132030203914	TERAPIAS ABA	$ 4.797.800	2012-12-01	1067593013
25644262	132030203853	TERAPIAS INTEGRALES ABA	$ 3.866.300	2012-12-01	1006183362
25644214	132030203802	TRATAMIENTO CONDUCTUAL DE APRENDIZAJE INTEGRAL TIPO METODO ABA	$ 9.328.936	2012-11-10	99113000143
25822220	1320306060267	TECNICA COMPORTAMENTAL ABA	$ 2.977.000	2012-08-06	1010045222
25809530	122031009210	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	$ 360.000	2012-08-17	1121879509
25808322	1320306014090	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	$ 800.000	2012-12-01	1066864460
25878984	132030203529	PROGRAMA DE REEDUCACION Y APLICACION DE TERAPIAS A B A Y EQUINOTERAPIA	$ 2.861.300	2012-12-01	1006509339
25878976	132030203438	PROGRAMA DE REEDUCACION Y APLICACION DE TERAPIAS ABA Y EQUINOTERAPIA	$ 2.861.300	2012-11-01	1006509339

26035139	1320306014176	SESIONES CON EQUIPO VEGASELEC	$ 2.197.800	2012-12-04	7414421
26035139	1320306014176	SESIONES CON EQUIPOS DE AUDIOCOLOR	$ 2.200.000	2012-12-04	7414421
26035139	1320306014176	SESIONES CON EQUIPOS VEGA TRM	$ 2.200.000	2012-12-04	7414421
26035090	132030101465	TERAPIA ASISTIDA CON CANINOS	$ 600.000	2012-11-01	1121879509
26035082	132030100337	TERAPIA ASISTIDA CON CANINO	$ 270.000	2012-09-03	1121879509
25808322	1320306014090	TERAPIA ASISTIDA CON PERROS	$ 800.000	2012-12-01	1066864460
25958106	1320308055309	TERAPIA MUSICAL	$ 384.000	2012-12-03	1000149279
25958103	1320308055306	TERAPIA MUSICAL	$ 338.000	2012-10-11	1144037743
25958055	1320308055258	TERAPIA MUSICAL	$ 427.600	2012-12-03	1006106674
25958053	1320308055256	TERAPIA MUSICAL	$ 576.000	2012-11-02	1000149279
25671170	132030204192	APOYO A LA INCLUSION MODALIDAD GRUPAL	$ 171.100	2012-12-03	1037626015
26035082	132030100337	REHABILITACION ENCUESTRE	$ 600.000	2012-09-03	1121879509
22574909	93030813265	TIROXIN 50MCG TABTABLETALEVOTIROXINA SÃ“DICA	$ 6.345	2009-03-19	1105466220
25755980	1330305055025	TRACTAL GOTAS	$ 71.424	2012-11-23	20127646
25671073	132030204084	SERVICIO DE TRANSPORTE NO INTERISTITUCIONAL PARA ASISTENCIA A TERAPIAS DE EDUCACION ESPECIAL	$ 206.000	2012-11-30	1072702231
25644188	132030203774	TRASLADO NO INTERISTITUCIONAL BAJA COMPLEJIDAD DIURNO	$ 52.128	2012-11-23	23481389
25671745	121032900008	TRIDERM CREMA	$ 103.720	2012-06-29	14882571
25671606	121032200924	TRIDERM CREMA	$ 102.820	2012-06-05	14882571
25671745	121032900008	TRIGENTAX(R) CREMA	$ 22.060	2012-06-29	14882571
25671745	121032900008	TRIGENTAX(R) CREMA	$ 55.760	2012-06-29	14882571
25671606	121032200924	TRIGENTAX(R) CREMA	$ 44.460	2012-06-05	14882571
25670091	133030310117	Z- BEC Â® GRANULADO	$ 24.400	2012-05-08	20060832
25670091	133030310117	Z- BEC Â® GRANULADO	$ 23.860	2012-05-08	20060832
25670091	133030310117	Z- BEC Â® GRANULADO	$ 23.860	2012-05-08	20060832
25669529	133030308996	Z- BEC Â® GRANULADO	$ 23.860	2012-10-05	20060832
25669529	133030308996	Z- BEC Â® GRANULADO	$ 23.860	2012-10-05	20060832
26099551	132030202812	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	$ 510.000	2012-09-03	1193431720
26099552	132030202814	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	$ 390.000	2012-11-01	1193431720
26099551	132030202812	TERAPIA SISTEMICA	$ 510.000	2012-09-03	1193431720
26099552	132030202814	TERAPIA SISTEMICA	$ 390.000	2012-11-01	1193431720

Lo anterior arroja un total de $79.783.978, comprendidos en 71 ítems, que serán excluidos de pago por estar afectados por el fenómeno de la prescripción.

Por otro lado, y para estudiar los restantes recobros, evidencia la Sala obra dictamen pericial No. AGS2019.325.1041DPVF2.NP6, rendido por el Dr.

FERNANDO QUINTERO BOHORQUEZ en donde se llegó a las siguientes conclusiones *(Archivo 14 expediente digital, páginas 19 a 21),* respecto del cual se surtió el correspondiente traslado y contradicción en audiencia celebrada el 2 de marzo del 2021 y se escuchó su declaración en audiencia del 11 de junio del 2021 (*Audio archivos 16 y 22 del expediente digital).*

CUADRO RESUMEN

BASE	OBSERVACION	FECHAS	NO POS CON IMAGEN		NO POS SIN IMAGEN		TOTAL	POS	
			ITEM	VALOR	ITEM	VALOR		ITEM	VALOR
NP6	PSICOPEDAGOGIA / TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA / EQUINOTERAPIA / TERAPIA CON PERRROS / OLIGOTERAPIA / HOMEOSINIATRIA / REFLEXOLOGIA / TERAPIA MUSICAL / AURICULOTERAPIA / PROGRAMA HABILITACIÓN INTEGRAL / APOYO A LA INCLUSION MODALIDAD GRUPAL / CAMPOS MAGNETICOS / TERAPIA SISTEMICA / CAMPOS MAGNETICOS / PROCEDIMIENTOS / MEDICAMENTOS / INSUMOS / TRASLADOS / PROTECTORES SOLARES / CREMAS	19/03/2009 AL 11/03/2014	223	$ 257.020.988,00	1	$ 2.577.900,00	$259.598.888,00	26	$ 14.131.154,00
TOTAL			223	$ 257.020.988,00	1	$2.577.900,00	$259.598.888,00	26	$ 14.131.154,00

REF: construcción Propia del auditor

Así las cosas, conforme a lo expuesto por el perito concretamente en las páginas 271 a 282 del dictamen, en el acápite “8.3 RECOBROS POS QUE NO DEBEN SER RECONOCIDOS” no le asiste derecho a la EPS SANITAS el recobro de las tecnologías en salud incluidas en el POS hoy PBS, dada las observaciones anotadas por el perito, advirtiéndose si bien el perito adujo que corresponden a 26 ítems, se tiene que 6 de ellos se encuentran afectados por la prescripción como atrás se anotó los cuales corresponden a los números 25759218, 25878893, 23466007, 23588156, 24270425, 22574909, por ende se excluyen de condena 20 ítems que ascienden a $14.942.633.

Radicado Fosyga	Número de identificación	Servicio	Valor de Recobro	Fecha Prestación Servico
102058299	2200457	PRAVACOLÂ® TABLETAS 40 MG	$ 250.230	16/01/2014
102058352	7459268	PRAVACOLÂ® TABLETAS 40 MG	$ 247.730	9/01/2014
102058363	17198100	PRAVASTATINA TABLETAS X 20 MG	$ 64.230	17/01/2014
25924795	12753448	RECOLECTOR MASCULINO 36ML URINARIA REF 36304 INCONTINENCIA ROCHESTER	$ 533.280	10/05/2013
102299097	38229795	ROSUVASTATINA 10 MG	$ 124.376	23/01/2014
25924992	79393261	SENSOR MEDIR GLUCOSA ENLITE REF MMT7008A CAJ * 5	$ 2.385.000	30/03/2013
25746483	1020769327	SENSOR MEDIR GLUCOSA ENLITE REF MMT7008A	$ 2.385.000	8/01/2013

25719923	1018463452	SENSOR MEDIR GLUCOSA ENLITE	$	2.385.000	8/01/2013
25719757	79393261	SENSOR MEDIR GLUCOSA ENLITE	$	2.385.000	29/01/2013
26231229	79982675	SENSOR MEDIR GLUCOSA ENLITE REF MMT7008A	$	2.317.950	2/09/2013
102058449	38222090	SYNTHROID 88 MCG	$	25.410	25/01/2014
25958844	1084606157	TALONERA EN SILIC	$	54.899	25/02/2013
102058348	20498783	TRITACEÂ® 5 MG.. COMPRIMIDOS	$	192.800	16/01/2014
102058432	1707268	TRITACEÂ® 2.5 MG. COMPRIMIDOS	$	275.050	20/01/2014
102152310	1011093321	TWISTER FERULA OTP CENTRO TEC ORTOP	$	184.798	13/09/2013
102058310	38940054	UNIPRIL 10 MG. TABLETAS	$	97.650	14/01/2014
102058303	13438327	VIREX ZÂ®	$	166.560	11/01/2014
102058416	79794941	VIREX 400	$	197.700	24/01/2014
102058434	6571744	XANAX Â® 1.0 MG TABLETAS	$	138.990	17/01/2014
26066479	12753448	RECOLECTOR MASCULINO 36 ML URINARIA REF 36301 INCINTINENCIA ROCHESTER	$	530.980	29/05/2013

Frente a los recobros por Servicios NO POS, nos debemos remitir a la Resolución 3099 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 que se señala que es procedente el recobro de las tecnologías no incluidas en el ahora 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 recobro de diferentes servicios; los cuales no se encuentran acreditados en el plenario, ya que, brilla por su ausencia el documento que ordene la entrega del servicio o suministro del medicamento que aquí se pretende sea

pagado por la ADRES, encontrando esta Corporación que la parte actora no cumplió con la carga probatoria que impone el artículo 167 del C.G.P. ya que se limitó en esta demanda a reclamar el valor servicio pero no justificó el servicio con la debida copia del acta CTC o fallo de tutela al tratarse de servicios NO POS.

En síntesis, se echó de menos el soporte (fallo de tutela – Acta CTC) de **116** imágenes por un valor total de **$140.616.465**, lo que impide fulminar condena ya que no es posible verificar la justificación del suministró del servicio, siendo como ya se dijo un deber de esta Sala corroborar dicha situación de manera adecuada y cuidadosa, mucho más, cuando se trata de recursos que integran el Sistema de Salud, los cuales corresponden a:

No. Radicado Fosyga (MYT 01/02)	No. Consecutivo interno recobro	Clasificación del Servicio entregado	Valor de Recobro	Número de identificación
25939090	1310308023279	PHOTODERM MAX TEINTEE SPF 100 CREM FCO X 40ML	$ 232.071	51989515
NO TIENE	1310307032344	PHOTODERM MAX TEINTEE SPF 100 CREM FCO X 40ML	$232.071	51989515
25865015	1310305051083	PHOTODERM MAX SPF100 . CREM FCO X 40ML	$72.940	4608383
26012275	1320309055745	PILAS ALKALINAS DE 9 VOLTIOS PARA MARCAPASO DIAFRAGMATICO	$ 36.207	71776339
26012269	1320309055739	PILAS ALKALINAS DE 9 VOLTIOS PARA MARCAPASO DIAFRAGMATICO	$36.207	71776339
25866471	1320307046017	SUMINISTRO DE 14 SOBRES DE PILAS POR SEIS UNIDADES REF 675 POWER ONE HIGH LEVEL HERING ALTA POTENCIA PARA PROCESADOR DE IMPLANTE COCLEAR	$820.928	19294667
25925416	1320308021701	PLANTILLA SILICONA	$ 62.399	20237444
25808391	1320306014173	POLICARBONATO ASFERICO Y ESFE 100	$ 79.600	17065338
25808391	1320306014173	POLICARBONATO TALLADO	$ 140.660	17065338
25884374	1310307033319	PROCICARÂ® CREMA	$ 18.409	53052933

25886364	131030530693	PROT CUTANEO CREM NOVATRIX TUB X 50GR	$ 37.136	79350267
25886364	131030530693	PROT CUTANEO CREM NOVATRIX TUB X 50GR	$ 37.136	79350267
26035213	1320308054818	PSICOPEDAGOGIA	$ 173.700	1141714193
25958708	1320308054698	QUIRUCIDAL JABON	$ 21.712	5554632
25866523	1320307046079	QUIRUCIDAL JABON	$ 11.456	1000149279
25866432	1320307045972	QUIRUCIDAL JABON	$ 23.756	32449802
25759249	1320305057668	QUIRUCIDAL JABON	$23.756	1004217058
25746231	1320305049680	QUIRUCIDAL JABON	$ 23.756	79472243
25721060	132030204586	QUIRUCIDAL JABON CLORHEXIDINA+CETRIMIDA+ISOPROP	$22.912	17101292
25719785	1320305009403	QUIRUCIDAL JABON CLORHEXIDINA+CETRIMIDA+ISOPROP	$ 22.912	17101292
25826261	1320306060870	QUIRUCIDAL JABON	$23.756	79472243
25822215	1320306060262	QUIRUCIDAL JABON	$ 11.456	94101817614
25808575	1320306014390	QUIRUCIDAL JABON	$11.456	1000149279
25808415	1320306014202	QUIRUCIDAL JABON	$ 22.912	17101292
25808250	1320306014009	QUIRUCIDAL JABON	$ 23.756	79472243
25884939	1310307031863	RASILEZÂ® HCT TABLETAS RECUBIERTAS CON PELICULA 300/12.5 MG	$ 204.180	20152854
25928052	1310308023210	SAFORELLE FEM 0.012 SOL FCO X 100ML	$31.750	20962682
25791811	1320306043625	MANTENIMIENTO SILLA DE RUEDAS E INSUMOS	$ 187.700	1000944783
25955827	1310307031099	ENDULZANTE SPLENDA SUSTANCIA PURA POLV CAJ X 100SOB	$39.600	1007015541
25884939	1310307031863	ENDULZANTE SPLENDA CAJ X 50	$ 21.001	20152854
25653538	1310303064014	ENDULZANTE SPLENDA SUSTANCIA PURA POLV CAJ X 100SOB	$ 20.580	1007015541
25822339	1320306060396	ENDULZANTE SPLENDA SUSTANCIA PURA POLV CAJ X 100SOB	$ 18.621	98092353338
25886708	131031003950	SUN CARE . GEL TUB X 60GR	$ 30.887	10269831
25886364	131030530693	SUNFACE SPF 45 GEL TUB X 70GR	$ 53.220	79350267
25886364	131030530693	SUNFACE SPF 45 GEL TUB X 70GR	$ 53.220	79350267
25886364	131030530693	SUNFACE SPF 45 GEL TUB X 70GR	$ 53.220	79350267
25886364	131030530693	SUNFACE SPF 45 GEL TUB X 70GR	$ 53.220	79350267
25865064	1310305051396	SUNFACE SPF 45 GEL TUB X 70GR	$ 53.220	52213302

25928010	1310308023162	SUNSTOP TOTAL SPF60 . CREM TUB X 80GR	$ 60.149	41566369
26012465	1320309055962	TERAPIA COMPORTAMENTAL TIPO ABA	$4.197.700	1041690610
26012297	1320309055774	TERAPIAS DE COMPORTAMIENTO TIPO ABA	$4.197.700	1041690610
26012296	1320309055773	ANALISIS DE COMPORTAMIENTO APLICADO ABA	$1.997.700	1048434223
26012167	1320309055623	TERAPIAS DE COMPORTAMIENTO TIPO A.B.A.	$5.317.700	1140862350
26012166	1320309055622	TERAPIAS DE COMPORTAMIENTO TIPO A.B.A.	$4.197.700	1041690610
26012157	1320309055612	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	$800.000	1066864460
25958889	1320308054903	TERAPIA COMPORTAMENTAL TIPO ABA	$3.597.700	1002157136
25958800	1320308054803	TERAPIA ABA	$5.817.700	1077224198
25958297	1320308055510	TERAPIA ABA	$5.176.100	1000149279
25925082	1320308021334	TERAPIAS COMPORTAMENTALES TIPO ABA	$3.390.000	1002157136
25925076	1320308021328	TERAPIA ABA	$4.776.100	1000149279
25867025	1320307047108	TRATAMIENTO TERAPEUTICO INTEGRAL TIPO ABA	$7.748.117	1141114223
25867024	1320307047107	TRATAMIENTO CONDUCTUAL DE APRENDIZAJE INTEGRAL TIPO METODO ABA	$6.730.724	99113000143
25866494	1320307046047	TERAPIAS ABA	$4.576.100	1000149279
25671244	132030204285	TRATAMIENTO CONDUCTUAL DE APRENDIZAJE INTEGRAL TIPO METODO ABA	$5.232.730	99113000143
25808294	1320306014058	TERAPIAS COMPORTAMENTALES TIPO ABA	$4.176.100	1000149279
26004806	1320308022035	PROGRAMA DE REDUCACION Y APLICACION DE TERAPIAS ABA Y EQUINOTERAPIA	$2.577.900	00010506298
25958841	1320308054851	PROGRAMA DE REEDUCACION Y APLICACION DE TERAPIAS ABA Y EQUINOTERAPIA	$2.975.900	1077226537

25924786	1320308022037	PROGRAMA DE REDUCACION Y APLICACION DE TERAPIAS ABA Y EQUINOTERAPIA	$2.975.900	1077226537
25671138	132030204154	PROGRAMA DE REEDUCACION Y APLICACION DE TERAPIAS ABA Y EQUINOTERAPIA	$2.860.900	1077226537
25644299	132030203892	PROGRAMA DE REEDUCACION Y APLICACION DE TERAPIAS ABA Y EQUINOTERAPIA	$2.861.300	1077226537
26035338	1320309059221	TRATAMIENTO CON MEDICINA ALTERNATIVA QUE INCLUYE CAMPOS MAGNETICOS	$105.700	1006106674
26035338	1320309059221	TRATAMIENTO CON MEDICINA ALTERNATIVA QUE INCLUYE SESIONES DE REFLEXOLOGIA	$ 128.000	1006106674
26035338	1320309059221	TRATAMIENTO CON MEDICINA ALTERNATIVA QUE INCLUYE SESIONES DE OLIGOTERAPIA	$ 40.000	1006106674
26035338	1320309059221	TRATAMIENTO CON MEDICINA ALTERNATIVA QUE INCLUYE SESIONES DE HOMEOSINEATRIA	$ 607.500	1006106674
26012157	1320309055612	TERAPIA ASISTIDA CON PERROS	$ 800.000	1066864460
25671257	132030204302	HOMEOSINIATRIA	$ 600.400	97121416780
25808306	1320306014071	REFLEXOLOGIA	$ 64.000	97121416780
25808306	1320306014071	AURICULOTERAPIA	$ 57.700	97121416780
25924848	1320308022109	TERAPIA MUSICAL	$ 597.700	1006106674
25924847	1320308022108	TERAPIA MUSICAL	$447.700	1006106674
25924846	1320308022107	TERAPIA MUSICAL	$ 447.700	1006106674
25746339	1320305049807	PROGRAMA HABILITACION INTEGRAL	$ 567.700	1152689267
25671211	132030204245	TIRA DE GLUCOMETRIA OPTIUM	$ 8.640	4491306
26231229	1320312045264	TIRA DE GLUCOMETRIA OPTIUM	$21.600	79982675
102060065	1410304028523	TRILEPTAL 600 MG COMPRIMIDOS	$ 63.090	1010129832
25939841	1310308023950	UREADERM 10% CREM TUB X 60GR	$ 39.100	79639348
25888949	131031002618	UREADERM LACTATO 5%+8% EMUL TOP FCO X 225ML	$ 62.784	41456324
25888949	131031002618	UREADERM LACTATO 5%+8% EMUL TOP FCO X 225ML	$ 62.784	41456324
25886560	131030531952	UREADERM LACTATO 5%+8% EMUL TOP FCO X 225ML	$ 62.784	79531333

25886560	131030531952	UREADERM LACTATO 5%+8% EMUL TOP FCO X 225ML	$ 62.784	79531333
25886560	131030531952	UREADERM LACTATO 5%+8% EMUL TOP FCO X 225ML	$ 62.784	79531333
25884988	1310307031918	UREADERM LACTATO 5%+8% EMUL TOP FCO X 225ML	$ 60.234	79472243
25884988	1310307031918	UREADERM LACTATO 5%+8% EMUL TOP FCO X 225ML	$ 60.234	79472243
25871548	1310303062272	UREADERM LACTATO 5%+8% EMUL TOP FCO X 225ML	$ 62.784	79472243
25871548	1310303062272	UREADERM LACTATO 5%+8% EMUL TOP FCO X 225ML	$ 62.784	79472243
25868935	131030200251	UREADERM 10% CREM TUB X 60GR	$ 35.567	24919053
25865015	1310305051083	UREADERM 10% CREM TUB X 60GR	$ 174.735	4608383
25747706	1310305050813	URSACOL 300 MG	$ 260.820	35457444
102058377	1410304026552	VALCOTE 500 MG	$ 113.400	80037236
25922984	1310308020352	ZELTA Â® 10 MG TABLETAS.	$38.386	80141562
25922984	1310308020352	ZELTA Â® 10 MG TABLETAS.	$ 38.101	80141562
25922984	1310308020352	ZELTA Â® 10 MG TABLETAS.	$ 138.101	80141562
25922984	1310308020352	ZELTA Â® 10 MG TABLETAS.	$ 138.101	80141562
25922984	1310308020352	ZELTA Â® 10 MG TABLETAS.	$ 138.101	80141562
102060337	1410304033593	ZOFREX 4 MG/5ML SOLUCION INYECTABLE	$ 20.227	31237832
26066412	1320310094563	TRATAMIENTO TERAPEUTICO CONDUCTUAL INTEGRAL TIPO ABA	$ .748.117	1141114223
26066413	1320310094564	TRATAMIENTO CONDUCTUAL DE APRENDIZAJE INTEGRAL TIPO METODO ABA	$6.730.724	99113000143
26099844	1320310120843	TERAPIAS ABA	$4.997.700	1067593013
26099851	1320310120850	TERAPIAS DE COMPORTAMIENTO TIPO ABA	$ .197.700	1041690610
26099853	1320310120852	TERAPIAS DE COMPORTAMIENTO TIPO ABA	$5.597.700	1140862350
26099311	1320310122447	TERAPIAS DE COMPORTAMIENTO TIPO ABA	$4.442.700	1140862350
26099325	1320310122464	TERAPIAS ABA		1067593013

			$4.597.700	
26099775	1320310120770	PROGRAMA DE REEDUCACION Y APLICACION DE TERAPIAS ABA Y EQUINOTERAPIA	$2.975.900	1077226537
26100033	1320310121043	REFLEXOLOGIA	$ 20.500	97121416780
26100033	1320310121043	AURICULOTERAPIA	$ 30.000	97121416780
26100033	1320310121043	HOMEOSINIATRIA	$ 602.700	97121416780
26100033	1320310121043	OLIGOTERAPIA	$ 400.000	97121416780
26100033	1320310121043	MEDICACION HOMEOPATICA ORAL	$ 400.000	97121416780
26100036	1320310121046	OLIGOTERAPIA	$ 37.700	1006106674
26100036	1320310121046	HOMEOSINIATRIA	$607.500	1006106674
26100036	1320310121046	REFLEXOLOGIA	$ 96.000	1006106674
26100036	1320310121046	CAMPOS MAGNETICOS	$ 81.000	1006106674
26099346	1320310122488	TERAPIA MUSICAL	$ 376.100	97121416780
26100033	1320310121043	TERAPIA ORTOMOLECULAR ORAL	$ 602.700	97121416780
26066254	1320310094392	SERVICIO DE TRANSPORTE NO INTERISTITUCIONAL PARA ASISTENCIA A TERAPIAS DE EDUCACION ESPECIAL	$ 218.300	1072702231
26099095	1320310122201	SERVICIO DE TRANSPORTE NO INTERISTITUCIONAL PARA ASISTENCIA A TERAPIAS DE EDUCACION ESPECIAL	$ 218.300	1072702231

Como se puede ver varios de los recobros que no fueron allegados en debida forma, contienen servicios prestados por **TERAPIAS ABA**; servicios que valga decir, están excluidos de la tecnología en salud, conforme lo dispone 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, al tener el carácter experimental ya que se utilizan con fines educativos, instruccionales o de capacitación durante el proceso de rehabilitación social o laboral así lo señaló la referida norma:

> *"**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 médicocientíficos), 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 estos recobros 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 artículo 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, si bien los recobros solicitados en virtud de tales terapias fueron aprobados por fallo de tutela, pues así lo menciona la EPS SANITAS en la documental que forma parte de cada recobro (*ver carpeta del expediente digital "03Anexo1" subcarpeta imágenes-NP6)*, lo cierto es que como ya se dijo 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, dichos recobros corresponden a los radicados Nos. 26035213, 26012465, 26012297, 26012167, 26012166, 26012157, 25958889, 25958800, 25958297, 25925082, 25925076, 25867025, 25867024, 25866494, 25671244, 25808294, 26004806, 25958841, 25924786, 25671138, 25644299, 26035338, 26035338, 26035338, 26035338. 26012157, 25808306, 25808306, 25924848, 25924847, 25924846, 25746339, 26066412, 26066413, 26099844, 26099851, 26099853, 26099311, 26099325, 26099775, 26100033, 26100033, 26100033, 26100036, 26100036, 26099346, 26100033.

Frente a los restantes recobros que pertenecen a otros servicios y/o medicamentos otorgados por la EPS, misma consideración absolutoria se tomará pues se itera se desconoce la fuente de su reconocimiento.

En otra dirección, en relación con el recobro No. 25791811, dirigido a obtener el pago de $187.700 por concepto de "*MANTENIMIENTO SILLA DE RUEDAS E INSUMOS*", baste con señalar éste es un acto propio del área de mantenimiento de la EPS y no debe estar a cargo del sistema ni del paciente. Dicho en otros

términos es inconcebible que se ordene el pago de dicha suma cuando un Juez de tutela o Comité Técnico Científico no ordena dicho mantenimiento al no estar inmerso en la salud del paciente, siendo completamente inviable este pago.

En lo que se refiere al pago de "*SERVICIO DE TRANSPORTE NO INTERISTITUCIONAL PARA ASISTENCIA A TERAPIAS DE EDUCACION ESPECIAL",* 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 servicio recobrados en este ítem, y teniendo en cuenta que solo se incluye dentro del POS los traslados entre las mismas instituciones prestadoras de salud, para los recobros Nos. 26066254 y 26099095 en el presente asunto era de vital importancia que se acreditara que el traslado del paciente se realizó desde el lugar del domicilio a la respectiva IPS y no interinstitucional; situación que no se acreditó, pues se repite, no se aportó fallo de tutela o acta CTC, así como los demás documentos que permitieran inferir que esta situación si ocurrió.

Así las cosas y a manera de conclusión, se aclara esta Sala de decisión excluye de condena aquellos recobros que se presentaron respecto de Tecnologías de la Salud que se encontraban incluidas en el POS, así como las que NO tienen soporte probatorio (fallo de tutela o acta CTC) y finalmente, los que se encuentran prescritos, conforme ya se ilustró con suficiencia.

Razón por la cual, se NO se pagarán en total 207 ítems de los recobros pedidos así:

OBSERVACIÓN	MONTO	TOTAL ITEMS
NO SE PAGA - SERVICIOS POS	**$ 14.942.633**	**20**
NO SE PAGA - PRESCRITO	**$ 79.783.978**	**71**
NO SE PAGA - NO APORTA FALLO DE TUTELA O ACTA CTC	**$ 140.616.465**	**116**

Frente a las restantes tecnologías en salud, se conceptuó por el perito que en efecto no se encuentran incluidas en el POS hoy PBS, y verificó ésta Sala de decisión que en efecto se cumplieron a cabalidad los requisitos para su reembolso por el ADRES, es decir, se justificó el servicio entregado, así:

No. Radicado Fosyga (MYT 01/02)	No. Consecutivo interno recobro	Clasificación del Servicio entregado	Valor de Recobro	Número de identificación
25746326	1320305049793	PLANTILLAS CONVENCIONALES PAR	$ 25.900	1030583551

101346011	1410302021497	PRED-F SUSPENSION OFTALMICA.	$33.550	20222939
25886443	131030531167	PREPARACIONES MAGISTRALES	$ 41.185	26411708
25886440	131030531157	PREPARACIONES MAGISTRALES	$41.185	26411708
25958131	1320308055335	DEPILACION LASER PARA MEJORIA DE SEUFOLICULITIS DE LA BARBA	$417.700	1110458289
26035151	1320306060544	QUIRUCIDAL JABON	$11.456	750006
26035142	1320306014223	QUIRUCIDAL JABON	$11.456	750006
25759209	1320305057616	QUIRUCIDAL JABON	$ 47.512	12563314
25759186	1320305057589	QUIRUCIDAL JABON	$ 47.512	12563314
25720922	132030204430	QUIRUCIDAL JABON CLORHEXIDINA+CETRIMIDA+ISOPROP	$ 22.912	23326081
25654544	1310303180236	QUIRUCIDAL JABON	$24.986	52656848
101579311	1320312045732	QUIRUCIDAL	$ 8.556	37801740
26169398	1320311043144	QUIRUCIDAL JABON	$13.806	20628400
26153331	1320311020164	QUIRUCIDAL JABON	$13.806	20628400
25826224	1320306060825	QUIRUCIDAL JABON	$22.912	88143325
25822643	1320305049778	QUIRUCIDAL JABON	$ 23.456	80086222
25958178	1320308055384	REHABILITACION ECUESTRE	$600.000	1121879509
102058349	1410304026521	SINEMET 25/100 MG	$391.050	19422080
102058390	1410304026566	SINEMET 25/100 MG	$292.200	123419
25940214	1310308024383	SUNSTOP TOTAL SPF60. CREM TUB X 80GR	$240.598	91341264
25884650	1310307033648	SUNSTOP TOTAL SPF60 . CREM TUB X 80GR	$ 62.849	36489078
26012156	1320309055611	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	$ 267.855	1193431720
26012148	1320309055603	TERAPIAS ABA	$4.597.700	1067593013

26012123	1320309055578	TERAPIA ABA	$5.190.900	1021394690
25958685	1320308054672	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	$570.000	1193431720
25958611	1320308054576	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	$ 480.000	1193431720
25958497	1320308054454	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	$800.000	1066864460
25958326	1320308055545	TERAPIAS TIPO ABA	$2.697.700	1098610658
25958178	1320308055384	TERAPIA COMPORTAMENTAL ABA	$600.000	1121879509
25925068	1320308021312	TERAPIA TIPO ABA	$2.990.900	1098610658
25808194	1320306013945	TECNICA ABA ACOMPANAMIENTO FONOAUDIOLOGICO DURANTE JORNADA ESCOLAR	$2.990.900	1010045222
25791908	1320306043751	TRATAMIENTO TERAPEUTICO INTEGRAL TIPO ABA	$7.450.024	1141114223
25958842	1320308054852	PROGRAMA DE REEDUCACION Y APLICACION DE TERAPIAS ABA Y EQUINOTERAPIA	$2.975.900	1006509339
25958811	1320308054816	PROGRAMA DE REDUCACION Y APLICACION DE TERAPIAS ABA Y EQUINOTERAPIA	$2.975.900	1006509339
25671137	132030204153	PROGRAMA DE REEDUCACION Y APLICACION DE TERAPIAS ABA Y EQUINOTERAPIA	$2.860.900	1006509339
26004781	1320308021597	SESIONES CON EQUIPO VEGASELEC	$2.197.700	7414421
26004781	1320308021597	SESIONES CON EQUIPO AUDIOCOLOR	$2.200.000	7414421
26004781	1320308021597	SESIONES CON EQUIPO VEGA T.R.M	$2.200.000	7414421
25958497	1320308054454	TERAPIA ASISTIDA CON PERROS	$800.000	1066864460
25958178	1320308055384	TERAPIA ASISTIDA CON CANINO	$600.000	1121879509
25671257	132030204302	OLIGOTERAPIA	$400.000	97121416780

25671256	132030204300	TRASLADO EN AMBULANCIA NO INTERINSTITUCIONAL DOBLE DIURNO	$ 84.398	23481389
25927629	1310308022708	TRIGENTAX(R) CREMA	$ 85.120	14882571
25888971	131031002798	VENATIL GEL FCO X 150ML	$ 56.310	31271655
25886461	131030531265	VENATIL GEL FCO X 150ML	$56.310	31271655
26066451	1320310094604	TERAPIA TIPO ABA	$2.997.700	1098610658
26099586	132030204011	TERAPIA COMPORTAMENTAL	$390.000	1193431720
26099953	1320310120960	TERAPIA COMPORTAMENTAL	$259.756	1193431720
26099586	132030204011	TERAPIA SISTEMICA	$390.000	1193431720
26099617	1320305009425	TERAPIA SISTEMICA	$396.600	1193431720

De acuerdo con lo anterior, entonces la Sala condenará al pago de **$ 52.957.160**, correspondiente a 50 ítems, toda vez que, las imágenes se aportaron en debida forma, y se acreditó que el servicio fue ordenado por un ente judicial.

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 7º 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, de la disposición normativa en cita, claramente se evidencia la procedencia de los intereses moratorios 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.

Conforme a lo anterior, 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, verificando de los 50 aquí ordenados, dentro de los 6 meses de que trata la norma se presentaron los siguientes recobros:

No. Radicado Fosyga (MYT 01/02)	Valor de Recobro	Fecha Prestación Servico	Fecha Radicación MYT 01 y 02	Procede Intereses Moratorios	Fecha 2 meses para pago
25746326	$ 25.900	2013-01-24	2013-05-15	SI	16/07/2013
101346011	$ 33.550	2014-01-07	2014-03-17	SI	18/05/2014
25886443	$ 41.185	2013-04-06	2013-07-15	SI	16/09/2013
25886440	$ 41.185	2013-04-06	2013-07-15	SI	16/09/2013
25958131	$ 417.700	2013-03-08	2013-08-15	SI	16/10/2013
26035151	$ 11.456	2013-04-01	2013-09-16	SI	17/11/2013
26035142	$ 11.456	2013-02-26	2013-09-16	NO	
25759209	$ 47.512	2013-02-04	2013-05-15	SI	16/07/2013
25759186	$ 47.512	2013-01-05	2013-05-15	SI	16/07/2013
25720922	$ 22.912	2013-01-03	2013-05-10	SI	11/07/2013
25654544	$ 24.986	2013-02-09	2013-04-11	SI	12/06/2013
101579311	$ 8.556	2013-09-23	2014-03-20	SI	21/05/2014
26169398	$ 13.806	2013-08-06	2013-11-15	SI	16/01/2014
26153331	$ 13.806	2013-07-09	2013-11-14	SI	15/01/2014
25826224	$ 22.912	2013-04-05	2013-06-17	SI	18/08/2013
25822643	$ 11.456	2013-01-23	2013-06-17	SI	18/08/2013
25958178	$ 600.000	2013-04-01	2013-08-15	SI	16/10/2013
102058349	$ 391.050	2014-01-14	2014-04-15	SI	16/06/2014
102058390	$ 292.200	2014-01-23	2014-04-15	SI	16/06/2014
25940214	$ 240.598	2013-07-17	2013-08-14	SI	15/10/2013
25884650	$ 60.149	2013-06-13	2013-07-15	SI	16/09/2013
26012156	$ 267.855	2013-03-04	2013-09-13	NO	
26012148	$ 4.597.700	2013-03-01	2013-09-13	NO	
26012123	$ 5.190.900	2013-04-01	2013-09-13	SI	14/11/2013
25958685	$ 570.000	2013-02-01	2013-08-15	NO	
25958611	$ 480.000	2013-04-01	2013-08-15	SI	16/10/2013
25958497	$ 821.600	2013-04-01	2013-08-15	SI	16/10/2013
25958326	$ 2.697.700	2013-03-01	2013-08-15	SI	16/10/2013

25958178	$ 600.000	2013-04-01	2013-08-15	SI	16/10/2013
25925068	$ 2.990.900	2013-02-01	2013-08-13	NO	
25808194	$ 2.990.900	2013-02-07	2013-06-14	SI	15/08/2013
25791908	$ 7.450.024	2013-02-01	2013-06-13	SI	14/08/2013
25958842	$ 2.975.900	2013-03-01	2013-08-15	SI	16/09/2013
25958811	$ 2.975.900	2013-04-01	2013-08-15	SI	16/10/2013
25671137	$ 2.860.900	2013-01-01	2013-04-12	SI	13/06/2013
26004781	$ 2.197.700	2013-02-22	2013-09-12	NO	
26004781	$ 2.200.000	2013-02-22	2013-09-12	NO	
26004781	$ 2.200.000	2013-02-22	2013-09-12	NO	
25958497	$ 800.000	2013-04-01	2013-08-15	SI	16/10/2013
25958178	$ 600.000	2013-04-01	2013-08-15	SI	16/10/2013
25671257	$ 400.000	2013-01-24	2013-04-12	SI	13/06/2013
25671256	$ 84.398	2013-01-28	2013-04-12	SI	13/06/2013
25927629	$ 85.120	2013-07-06	2013-08-13	SI	14/10/2013
25888971	$ 56.310	2013-03-13	2013-07-15	SI	16/09/2013
25886461	$ 56.310	2013-04-02	2013-07-15	SI	16/09/2013
26066451	$ 2.997.700	2013-04-01	10/10/2013	NO	
26099953	$ 259.456	2013-05-02	15/10/2013	SI	16/10/2013
26099617	$ 390.000	2013-01-14	15/10/2013	NO	
26099586	$ 390.000	2012-12-21	15/10/2013	NO	
26099586	$ 390.000	2012-12-21	15/10/2013	NO	

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.

Del mismo modo se ordenará la **indexación** únicamente para los recobros Nos: 26035142, 26012156, 26012148, 25958685, 25925068, 26004781 (3 ítems), 26066451, 26099617 y 26099586 (2 ítems), debido a que, estos 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 pretensión de Daño Emergente- **Gastos administrativos**, baste con señalar a la parte accionante conforme se indicó por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2206-2019[8], para

[8] *"De igual modo, no prospera el pedimento dirigido a que se resarciera el daño emergente, pues según se desprende del artículo 1614 del Código Civil, aplicable en virtud de lo dispuesto por el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo, consiste en «el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento», concepto que abarca la pérdida de elementos patrimoniales, así como los gastos en que se debió incurrir, o que deban generarse en el futuro, y el arribo del pasivo a causa de los hechos sobre los cuales quiere deducirse responsabilidad.*

que haya lugar a ellos, se debe verificar la pérdida de elementos patrimoniales, así como los gastos en que se debió incurrir, o que deban generarse en el futuro, y la generación de un pasivo patrimonial a causa de los hechos sobre los cuales quiere deducirse la responsabilidad, advirtiéndose conforme al acervo probatorio que obra en el expediente, no se encuentra acreditado el valor que la demandante tuvo que asumir por concepto de gastos de administración, quedando en sus simples afirmaciones, razón suficiente para no ordenar su reconocimiento.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los motivos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se revocara la sentencia de primera instancia y en su lugar se condenara la demandada al pago de los recobros reclamados por la parte actora, conforme las motivaciones precedentemente expuestas.

SIN COSTAS en esta instancia, las de primer grado se revocan y quedan a cargo de la demandada.

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

REVOCAR la sentencia proferida el 11 de junio de 2021 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia y en su lugar se dispone:

PRIMERO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de los recobros causados con anterioridad al 18 de diciembre del 2012, de acuerdo a lo señalado en la parte motiva de ésta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES-,** a pagar a

---

Al auscultar todo el acervo probatorio, se encuentra que no están acreditados los perjuicios de esta naturaleza por parte de la actora, toda vez que no allegaron elemento demostrativo que acreditara que incurrió en algún tipo de gasto pecuniario (…)"

la **EPS SANITAS** un total de **$52.957.160**, por concepto de recobros de tecnologías en la salud no cubiertas por el POS hoy PBS, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSO DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES-**, a reconocer y pagar a la EPS SANITAS los intereses moratorios respecto de las sumas adeudadas. Los cuales, deberán calcularse desde los dos meses siguientes a la radicación de los recobros, hasta la data efectiva del pago, así:

No. Radicado Fosyga (MYT 01/02)	Valor de Recobro	Fecha Prestación Servico	Fecha Radicación MYT 01 y 02	Procede Intereses Moratori	Fecha 2 meses para pago
25746326	$ 25.900	2013-01-24	2013-05-15	SI	16/07/2013
101346011	$ 33.550	2014-01-07	2014-03-17	SI	18/05/2014
25886443	$ 41.185	2013-04-06	2013-07-15	SI	16/09/2013
25886440	$ 41.185	2013-04-06	2013-07-15	SI	16/09/2013
25958131	$ 417.700	2013-03-08	2013-08-15	SI	16/10/2013
26035151	$ 11.456	2013-04-01	2013-09-16	SI	17/11/2013
26035142	$ 11.456	2013-02-26	2013-09-16	NO	
25759209	$ 47.512	2013-02-04	2013-05-15	SI	16/07/2013
25759186	$ 47.512	2013-01-05	2013-05-15	SI	16/07/2013
25720922	$ 22.912	2013-01-03	2013-05-10	SI	11/07/2013
25654544	$ 24.986	2013-02-09	2013-04-11	SI	12/06/2013
101579311	$ 8.556	2013-09-23	2014-03-20	SI	21/05/2014
26169398	$ 13.806	2013-08-06	2013-11-15	SI	16/01/2014
26153331	$ 13.806	2013-07-09	2013-11-14	SI	15/01/2014
25826224	$ 22.912	2013-04-05	2013-06-17	SI	18/08/2013
25822643	$ 11.456	2013-01-23	2013-06-17	SI	18/08/2013
25958178	$ 600.000	2013-04-01	2013-08-15	SI	16/10/2013
102058349	$ 391.050	2014-01-14	2014-04-15	SI	16/06/2014
102058390	$ 292.200	2014-01-23	2014-04-15	SI	16/06/2014
25940214	$ 240.598	2013-07-17	2013-08-14	SI	15/10/2013
25884650	$ 60.149	2013-06-13	2013-07-15	SI	16/09/2013
26012156	$ 267.855	2013-03-04	2013-09-13	NO	
26012148	$ 4.597.700	2013-03-01	2013-09-13	NO	
26012123	$ 5.190.900	2013-04-01	2013-09-13	SI	14/11/2013
25958685	$ 570.000	2013-02-01	2013-08-15	NO	
25958611	$ 480.000	2013-04-01	2013-08-15	SI	16/10/2013
25958497	$ 821.600	2013-04-01	2013-08-15	SI	16/10/2013
25958326	$ 2.697.700	2013-03-01	2013-08-15	SI	16/10/2013
25958178	$ 600.000	2013-04-01	2013-08-15	SI	16/10/2013
25925068	$ 2.990.900	2013-02-01	2013-08-13	NO	
25808194	$ 2.990.900	2013-02-07	2013-06-14	SI	15/08/2013
25791908	$ 7.450.024	2013-02-01	2013-06-13	SI	14/08/2013
25958842	$ 2.975.900	2013-03-01	2013-08-15	SI	16/09/2013
25958811	$ 2.975.900	2013-04-01	2013-08-15	SI	16/10/2013
25671137	$ 2.860.900	2013-01-01	2013-04-12	SI	13/06/2013
26004781	$ 2.197.700	2013-02-22	2013-09-12	NO	
26004781	$ 2.200.000	2013-02-22	2013-09-12	NO	
26004781	$ 2.200.000	2013-02-22	2013-09-12	NO	
25958497	$ 800.000	2013-04-01	2013-08-15	SI	16/10/2013
25958178	$ 600.000	2013-04-01	2013-08-15	SI	16/10/2013
25671257	$ 400.000	2013-01-24	2013-04-12	SI	13/06/2013
25671256	$ 84.398	2013-01-28	2013-04-12	SI	13/06/2013
25927629	$ 85.120	2013-07-06	2013-08-13	SI	14/10/2013
25888971	$ 56.310	2013-03-13	2013-07-15	SI	16/09/2013
25886461	$ 56.310	2013-04-02	2013-07-15	SI	16/09/2013
26066451	$ 2.997.700	2013-04-01	10/10/2013	NO	
26099953	$ 259.456	2013-05-02	15/10/2013	SI	16/10/2013
26099617	$ 390.000	2013-01-14	15/10/2013	NO	
26099586	$ 390.000	2012-12-21	15/10/2013	NO	
26099586	$ 390.000	2012-12-21	15/10/2013	NO	

Frente a los recobros Nos. recobros Nos: 26035142, 26012156, 26012148, 25958685, 25925068, 26004781 (3 ítems), 26066451, 26099617 y 26099586 (2 ítems)**,** se cancelarán debidamente **indexados** desde el **día de radicación** del recobro y hasta su momento efectivo de pago,

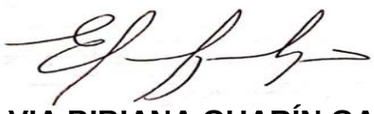
CUARTO: ABSOLVER a la accionada de los restantes pedimentos.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera correrán a cargo de la demandada.

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 DENNIS MARBEL BARRERA VARGAS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 21 2021 00143 01)

Bogotá D.C. treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la demandante y por Colpensiones, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, 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 la Juez 21 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 16 de mayo de 2022 *(Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 1:18:39 Archivo 18 expediente digital),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora DENNIS MARBEL BARRERA VARGAS al régimen de ahorro individual el 16 de abril de 1996, con fecha de efectividad a partir del 01 de junio del mismo año por intermedio de DAVIVIR HOY PROTECCIÓN S.A.; y, en consecuencia, ordenar declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante -aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales-,incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el nacimiento del acto ineficaz los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción*

alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual de DENNIS MARBEL BARRERA VARGAS. Para ello se concede el término de un mes. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingresos base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

***TERCERO: CONDENAR** a COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.*

***QUINTO (SIC): DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES y PROTECCIÓN, conforme a lo motivado.*

***SEXTO (SIC): COSTAS** de esta instancia a cargo de la AFP PROTECCIÓN S.A. Liquídense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de $1.700.000. Sin costas en contra de COLPENSIONES.*

***SÉPTIMO (SIC): CONSÚLTESE** esta decisión con el superior, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES.”*

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

Así, en primer lugar, PROTECCIÓN, indicó no encontrarse de acuerdo con la decisión proferida al declarar la ineficacia del traslado, expresando que conforme al artículo 244 del C.G.P. el formulario de vinculación es un documento al cual no se le debe restar valor probatorio pues la información que se generaba se hacía de manera verbal y era un requisito principal para la época, el cual era regulado por el artículo 13 y 114 de la ley 100 de 1993.

Señala que la demandante se encontraba incursa en una prohibición legal establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 la cual menciona la imposibilidad de traslado cuando se trate de una persona que está a menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse.

Indica se debe tener en cuenta las obligaciones que tenía la actora respecto al estatuto financiero, esto es, informarse sobre los productos y servicios que quieren adquirir, también observar las instrucciones y recomendaciones, revisar los términos y condiciones del contrato, los tramites que van a realizar e informarse de los órganos que existen en la entidad para posibles reclamos o solicitudes.

Respecto de los actos de relacionamiento, aduce que cuando no hay certeza si la afiliada recibió al momento de su traslado toda la información requerida, existen otros mecanismos que permiten colegir que la persona tenia vocación de

permanecer en el régimen, y contaba con los elementos para forjar una plena convicción de esta elección, expresando dichos comportamientos o actos de relacionamiento en los casos de afiliación pueden verse traducidos en acciones concretas, tales como presentar solicitudes, actualizar datos y cotizar por tiempos significativos al régimen, precisando en el caso concreto la accionante recibió una asesoría suficiente, completa, transparente antes de incurrir en la limitante del traslado en la que se encuentra inmersa.

En cuanto a los gastos de administración y seguro previsional, señaló que dicha administradora ha gestionado el dinero depositado, con el mayor cuidado y diligencia, lo cual se puede constatar en los rendimientos financieros sin que se pueda desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras y unos rendimientos financieros, productos de la buena administración, y generados por la gestión que tuvo PROTECCIÓN, por lo que al declararse la devolución de los gastos de administración se estaría constituyendo un enriquecimiento sin justa causa a favor de la demandante en detrimento del patrimonio de PROTECCIÓN, pues estaría recibiendo rendimientos generados por una buena administración, los cuales constituyen parte de la cuenta de ahorro individual de la demandante. En cuanto a la devolución del seguro previsional indica está imposibilitada a recobrar dicho pago a la correspondiente aseguradora.

Finalmente, frente a la condena en costas menciona, la AFP se encontró precedida del principio de la buena fe, concordante con el principio de las buenas costumbres y apegó a las reglas de la materia para la época en que se realizó la vinculación a esa administradora, por lo que solicita su revocatoria. *(Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 1:20:25 Archivo 18 expediente digital)*[1]

[1] Gracias su señoría me permito interponer respetuosamente el recurso de apelación por parte de PROTECCIÓN. Gracias, manifiesta el despacho que PROTECCIÓN no probó la asesoría realizada pero es importante mencionar que en virtud del artículo 244 del Código General del proceso, el formulario de vinculación es un documento al cual no se le debe restar valor probatorio, pues la información que se generaba se hacía de manera verbal y era un requisito principal para la época, el cual era regulado por el artículo 13 y 114 de la ley 100 de 1993, quien autoriza el traslado y como se debería generar, y se cumplió por parte de mi poderdante con lo establecido legalmente, y por eso no debería ser condenada.

Respecto a la prohibición debemos recordar que la prohibición legal en la cual se encuentra inmersa la demandada (sic), está establecida en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, la cual se menciona la imposibilidad de traslado cuando se trate de una persona a menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse.

También debe hacerse alusión acerca de las obligaciones que tenía la demandante respecto al estatuto financiero, esto respecto a las obligaciones de los consumidores financieros, donde se define que tiene que sesionarse, tienen que informarse sobre los productos y servicios que quieran adquirir, también debe observar las instrucciones y recomendaciones, revisar los términos y condiciones del contrato, y de los tramites que van a realizar, deben informase de los órganos que existen en la entidad para posibles reclamos o solicitudes.

A su turno, COLPENSIONES señala que el traslado efectuado por la demandante al RAIS tiene plena validez, como quiera que existe un traslado a un fondo de pensión privado, que para este caso es PROTECCIÓN, el cual se dio para el año 1996.

Expresa que conforme al artículo 2 de la ley 797 de 2003, el cual modificó el literal b del artículo 13 de la ley 100 de 1993, después de un año de vigencia de tal 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, por lo que la demandante no acredita esos requisitos exigidos para darse el traslado de régimen.

Evidentemente la señora DENNIS no se acercó a la entidad, no pregunto, y a pesar de esto pues se pude evidenciar y como lo dice el despacho tiene conocimientos básicos de características del régimen, los cuales se brindaron al momento de la asesoría.

Respecto de los actos de relacionamiento, recientemente en jurisprudencia de la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, 3752 del 2020, cuya magistrada ponente es la Doctora Ana María Muñoz ha definido estos actos de relacionamiento en asuntos como la nulidades del traslado, ineficacias, que se debe relacionar que cuando no haya una certeza si la afiliada recibió al momento de su traslado toda la información requerida, existen otros mecanismos que permiten colegir que la persona tenia vocación de permanecer en el régimen, y contaba con los elementos para forjar una plena convicción de esta elección, dichos comportamientos o actos de relacionamiento en los casos de afiliación pueden verse traducidos en acciones concretas, tales como presentar solicitudes, actualizar datos y cotizar pues por tiempos significados al régimen. En el caso concreto la señora DENNIS recibió una asesoría suficiente, completa, transparente antes de incurrir en la limitante del traslado en la que se encuentra inmersa. Lo anterior, teniendo en cuenta las pruebas que obran en el expediente, así como el interrogatorio de parte realizado en la diligencia, por esto pues no puede pasarse de alto dichos documentos probatorios.

Respecto de los gastos de administración y seguro previsional, durante todo el tiempo que la demandante ha estado afiliada a este fondo de pensiones, esta administradora ha gestionado el dinero depositado por la misma, con el mayor cuidado y diligencia, lo cual se puede constatar en los rendimientos financieros adjunto a la presente contestación, por lo consignado en el Código Civil artículo 1746, debe entenderse que no se, debe entenderse que aunque se declare la ineficacia de la afiliación y se haga la ficción que nunca existió este acto, no se puede desconocer que le bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras y unos rendimientos financieros, productos de la buena administración, y generados pues por la gestión que tuvo PROTECCIÓN. Al declararse la devolución de los gastos de administración se estaría constituyendo un enriquecimiento sin justa causa a favor de la demandante en detrimento del patrimonio de PROTECCIÓN, pues estaría recibiendo rendimientos generados por una buena administración, los cuales constituyen parte de la cuenta de ahorro individual de la demandante, sino que por el contrario se estaría en una clase de sanción, la cual no es idónea adelantar mediante de este proceso.

Respecto a la devolución del seguro previsional PROTECCIÓN esta imposibilitada a recobrar dicho pago a la correspondiente aseguradora, y por consiguiente, en caso que se ordene el traslado a COLPENSIONES tiene que asumirlo con cargo a su propio patrimonio, lo cual también constituiría a su vez un enriquecimiento sin justa causa en favor de la demandante y en detrimento al derecho a la igualdad que le asiste a mi representada.

Frente a la condena en costas, es importante mencionar que PROTECCIÓN se encontró precedido del principio de la buena fe, concordante con el principio de las buenas costumbres y se apegó a las reglas regulatorias de la materia para la época que se realizó la vinculación a esta administradora.

Por esto anteriormente descrito solicito al Honorable Tribunal de este Distrito judicial revocar la sentencia acabada de proferir en su totalidad y en especial en la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales. Muchas gracias.

Aduce se puede extraer dentro del proceso que no hubo un error de hecho sino de derecho, el cual con el paso del tiempo fue subsanado, no solo por la voluntad que plasmo la demandante al suscribir el formulario de afiliación, sino su vocación de permanecer en el régimen privado por un tiempo prolongado.

Finalmente indica que al permitir el traslado se estaría afectando la sostenibilidad financiera del sistema, en el sentido en que la cotización entre un régimen y otro varía y al trasladarse a COLPENSIONES los rendimientos financieros no serían los mismos, afectando a todos los usuarios que aportan al sistema materializándose en una bomba fiscal para el Estado *(Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 1:26:14 Archivo 18, expediente digital)*[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] Muchas gracias su señoría, estando dentro de la oportunidad pertinente me permito interponer recurso de apelación, toda vez que para la ADMINISTRADORA DE PENSIONES – COLPENSIONES, el traslado efectuado por la demandante al RAIS tiene plena validez, como quiera que existe un traslado a un fondo de pensión privado, que para este caso es PROTECCIÓN, el cual se dio para el año 1996, y pues el cual se ha venido probado en este proceso.

Tenemos que conforme al artículo 2 de la ley 797 de 2003, el cual modificó el literal b del artículo 13 de la ley 100 de 1993, tenemos que después de un año de 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, como anteriormente se ha mencionado, tenemos que para el caso en particular la solicitante nació el 10 de junio de 1964 y a la fecha de la reclamación administrativa ante COLPENSIONES, esto quiere decir que fue el día 2 de febrero de 2021, contaba con 57 años, perdóneme, contaba con 29 años, no espérame que pena contigo aquí, para el momento que la señora se trasladó, esto es el 2 de febrero del 2021, ella no contaba con la edad mínima para hacer este dicho traslado, que para las mujeres son 57 años, teniendo en cuenta que esta es la edad para acceder a la pensión de vejez conforma a la ley 797 del 2003, es con esta motivo que ella no acredita con los requisitos exigidos en la norma para que pueda darse traslado de régimen, sin embargo, la eventual afiliación de la demandante al régimen de prima media y el traslado de los aportes de régimen en mención dependerá de la decisión en este medio favorable que previamente obtenga la solicitante respecto de la pretensión de la declaratoria de nulidad.

También me permito señalar que del interrogatorio de parte, de los testimonios practicados se puede extraer que no hubo un error de hecho sino de derecho, el cual con el paso del tiempo fue subsanado, no solo por la voluntad que plasmo la demandante al suscribir el formulario de afiliación, sino su vocación de permanecer en el régimen privado por un tiempo prolongado.

Adicionalmente a lo anterior, al permitir que se de esta traslado se estaría afectando la sostenibilidad financiera del sistema, en el sentido en que la cotización entre un régimen y otro varía, el trasladarse a COLPENSIONES los rendimientos financieros no serían los mismos, afectando a todos los usuarios que aportan al sistema materializándose en una bomba fiscal para el Estado y es por esto su señoría solicito se absuelva a mi representada y se declaren probadas las excepciones planteadas en el escrito de contestación, no se condene en costas a mi representada. Muchas gracias su señoría.

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de subsanación de la demanda (*Páginas 5 y 6, archivo 4 expediente digital),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 6 a 9 ibídem),* aspirando de manera principal se declare la nulidad por ineficacia de la afiliación y traslado al RAIS en consecuencia se ordene el traslado y afiliación a COLPENSIONES como administradora del régimen de prima media, sin solución de continuidad, se condene a PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSION la totalidad de los aportes, rendimientos, bono pensional, semanas de cotización y gastos de administración durante el tiempo que ha estado afiliada al RAIS, derechos *ultra y extra petita,* costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a DAVIVIR hoy PROTECCIÓN el 16 de abril de 1996, en consecuencia, condenó a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante -aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, concediendo el término de un mes para ello y disponiendo que al momento de cumplirse esa orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingresos base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen, igualmente ordenó a Colpensiones a activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PROTECCIÓN antes DAVIVIR 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 a la actora sobre los beneficios del RAIS, no le explicó las consecuencias de su 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, se registra en la historia laboral aportada por Colpensiones como fecha de nacimiento de la actora el 19 de junio de 1964 *(Página 47 Archivo 10 Expediente Digitalizado, contestación Colpensiones),* por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2021, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 2 de febrero del 2021 y ante PROTECCIÓN el 24 de enero del 2021 *(Páginas 23, 24, 29 y 30 Archivo 1 expediente digital)*, esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para cumplir 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, ni tan siquiera se encontraba afiliada al régimen de prima media *(Historia Laboral válida para bono pensional, pagina 61 archivo 9 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 lo aduce Protección y Colpensiones en su apelación.

No obstante lo anterior, 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 **16 de abril de 1996** con fecha de efectividad a partir del **01 de junio de 1996** *(Páginas, 38 y 59 archivo 9 expediente digital)* por afiliación que hiciera a DAVIVIR hoy PROTECCIÓN, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

---

[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".*

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).

---

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

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 DAVIVIR hoy PROTECCIÓN.

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.

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.***
>
> *(…)*

"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.

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.

> *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 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] no acreditan de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que al colegio en el cual trabajaba, llegaron asesores de DAVIVIR hoy PROTECCIÓN, señalando tal fondo se encontraba respaldado por DAVIVIENDA y que como el ISS se iba a acabar sus aportes con tal AFP iban a tener mejor respaldo, aunado a que tenía derecho a inscribir a unos beneficiarios.

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

[6] Audiencia 16 de mayo de 2022, récord 12:26

muchos menos que la AFP 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 hoy PROTECCIÓN (*Página 38, archivo 9 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 *(Páginas 110 a 112 archivo 9 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 DAVIVIR hoy PROTECCIÓN 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 1996, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN 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, omitió en el momento del traslado de régimen **(16 de abril de 1999, efectivo el 01 de junio de 1996),** 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.

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.

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 por PROTECCIÓN en su apelación, esta Sala de decisión se permite señalar al impugnante, que como ya se refirió a lo largo de ésta providencia la información que se le debía suministrar a la demandante al momento de su traslado no fue acreditada por dicha AFP, razón por la cual no se puede entender como una ratificación de la voluntad de permanecer en el RAIS ni constituyen actos de relacionamiento como lo sugiere en la alzada.

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, gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia[7], los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los

[7] Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.

valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados, 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).

En relación con los argumentos de apelación de PROTECCIÓN S.A., 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 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 y seguros previsionales. 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[8] *(Páginas 37 y 38, archivo 10 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

[8] Se tuvo por contestada la demanda en auto del 5 de mayo de 2022, archivo 12 expediente digital.

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, 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 PROTECCIÓN S.A., 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 éstas demandadas, 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 conforma la sentencia de primer grado en cuanto a que se condena el pago de las mismas a cargo de la demandada PROTECCIÓN.

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.

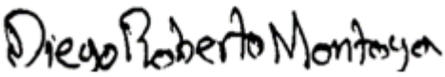
En mérito de los expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

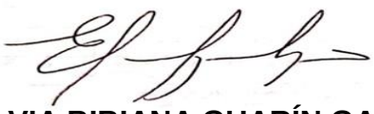
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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