

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

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JOSÉ MARÍA GÓMEZ PINILLA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- y COLFONDOS S.A. (RAD. 02 2020 00754 01)**

Bogotá D.C. veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado para presentar los alegatos de conclusión, 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 demandada COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por la Juez 2° Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 18 de mayo del 2022 (*Audiencia virtual, archivo 14 expediente digital record: 1:01:48*), en la que se resolvió:

**“PRIMERO:** DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO que realizó el señor JOSÉ MARÍA GÓMEZ PINILLA, identificado con CC. 19.364.590, a COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS el día 5 de agosto de 1994, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

**SEGUNDO:** CONDENAR a la COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS, a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante el señor JOSÉ MARÍA GÓMEZ PINILLA, tales como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos causados, los gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, sin lugar a descuento alguno o deterioros sufridos por el bien administrado.

**TERCERO:** ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación efectuada por el demandante el 24 de octubre de 1985, por lo que deberá incluir tales situaciones en sus bases de datos y sistemas de información la historia laboral y demás información necesaria para la obtención de su pensión a futuro del señor JOSÉ MARÍA GÓMEZ PINILLA, identificado con CC. 19.364.590, en el régimen de

*prima media con prestación definida una vez se encuentre ejecutoriado el presente fallo.*

**CUARTO:** DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.

**QUINTO:** CONDENAR en costas a la parte accionada COLFONDOS S. A, dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

**SEXTO:** Si no fuere apelado el presente fallo, CONSÚLTESE con el Superior.”

Inconforme con la decisión la apoderada judicial de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación por cuanto no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, aduciendo Colpensiones es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre el actor y la AFP COLFONDOS, razón por la cual asegura independientemente de la decisión que se tome frente a la declaratoria de la ineficacia la entidad no puede ser ni favorecida ni perjudicada con la misma pues Colpensiones nada tuvo que ver en la decisión tomada por el actor.

Por otro lado, señala se está afectando gravemente el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social en pensiones el cuál fue establecido por el artículo 48 de la Constitución Política y adicionado por el artículo primero del acto legislativo 01 de 2005 pues en caso de una condena se debe tener en cuenta el impacto en la reserva pensional.

Por último, solicita que en caso de confirmarse la decisión se condene a la AFP, quienes presuntamente incumplieron su deber legal de información, pague a COLPENSIONES los perjuicios económicos que ello generara, en virtud de la teoría del daño la cual establece que quien causa daño es quien debe repararlo y no un tercero en el acto jurídico. (Audio archivo 14 expediente digital, record: 1:03:39)<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> De manera muy respetuosa me permito presentar recurso de apelación lo sustento de la siguiente forma: solicité a los honorables magistrados de la sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá se revoque la sentencia emitida por el despacho en audiencia en su totalidad toda vez que al momento de dictar sentencia (sic) la relatividad jurídica, Colpensiones es un tercero ajeno a los actos jurídicos irrogados entre el actor y la AFP COLFONDOS, que todos los actos públicos tienen efectos inter partes por lo cual independientemente de la decisión adoptada por el juez en relación a la declaratoria de la ineficacia mi representada no puede ser ni favorecida ni perjudicada con la misma pues Colpensiones nada tuvo que ver en la decisión tomada por el actor por lo que solicité al honorable tribunal en sala laboral que no se condene a mi representada a recibir al actor como afiliado al nuevo régimen de prima media, pues con esta decisión consecencial a la declaratoria inexistencia se está afectando gravemente el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social en pensiones el cuál fue establecido por el artículo 48 de la Constitución Política y adicionado por el artículo primero del acto legislativo 01 2005 pues en caso de esta condenada tenemos en cuenta el impacto en la reserva pensional que día tras día se ha venido afectando de manera excesiva y preocupante con este tipo de procesos, le solicité a la sala que estudie manera juiciosa este escenario en el cual el juez fue falto a su deber legal de información que acarrea graves consecuencias con la posible declaratoria inexistencia pero

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 subsanación de la demanda (**Páginas 121, archivo 1 Expediente Digitalizado**), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (**Página 122 *ibídem***), aspirando de manera principal se declare la nulidad del traslado o en subsidio la ineficacia del mismo efectuada del RPM al RAIS en septiembre de 1994, en consecuencia se condene a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados al régimen de ahorro individual y se ordene a COLPENSIONES a contabilizar para efectos de la pensión las semanas que se encuentran en el régimen de ahorro individual con solidaridad, condenas *ultra y extra petita* y costas del proceso.. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante COLFONDOS S.A. el 5 de agosto de 1994, 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, gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora con destino a COLPENSIONES; condenó a dicha entidad a aceptar los anteriores valores y tener como válida la afiliación con fecha 24 de octubre de 1985, 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 COLFONDOS 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.

---

colpensiones si es un tercero que sí debe acarrear pues obviamente las consecuencias de esta declaratoria y en últimas honorables magistrados de determinar que no hay otra posibilidad que ordenar el retorno del demandante al régimen de prima media solicitó que se condene a la AFP que quienes presuntamente entonces quien incumplió su deber legal de información pague mi representada los perjuicios económicos que ello generara, lo anterior en atención en virtud de la teoría del daño del derecho civil que es quien causa daño es quien debe repararlo y no un tercero en el acto jurídico como las compensaciones de esta manera debo sustentado y presentado el recurso de apelación muchas gracias señoría.

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<sup>2</sup>.

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 30 de abril de 1958 (*Página 19, 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 la peticiones elevadas ante COLPENSIONES y COLFONDOS el 2 de octubre del 2019 (*páginas 31 a 39 ibídem*)), esto es, cuando le faltaban 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 257.86 semanas cotizadas al sistema que corresponden a 5 años y 5 días (*Página 57, 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 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, tuvo fecha de efectividad a partir del **1° de septiembre de 1994** (*Ver Página 43, rta dada por Colfondos a un derecho de petición elevado por el actor, archivo 1 expediente digital*) por afiliación que hiciera COLFONDOS S.A., y no el 5

---

<sup>2</sup> 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 2°, 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”.



de agosto de 1994 como se señaló por la Juez a quo, razón por la cual se modificará dicha data, **precisándose**, aun cuando no obra el formulario de afiliación a esta AFP se debe indicar, para el tema objeto de debate la presencia del formulario escrito no constituye un requisito *sine qua non* o prueba solemne, pues lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 694 de 1994 es que se debe informar por escrito al empleador del trabajador la selección realizada, en aras de que aquel efectúe las cotizaciones al fondo correspondiente. Lo anterior impone entonces a la AFP COLFONDOS, acreditar el consentimiento informado y en esa medida, resulta procedente el estudio de la viabilidad o no de la declaración de ineficacia.

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

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

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

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

*Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute, es eficaz, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.*

*Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en*

*el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*

*El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias.”*

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc<sup>3</sup>, 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**

---

<sup>3</sup> Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

**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.

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<sup>4</sup>, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

---

<sup>4</sup> “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 desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*

***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 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<sup>5</sup> no acreditan de manera 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 COLFONDOS, señalando que lo mejor era trasladarse a ese fondo de pensiones, donde además tendría mejores rendimientos, podía pensionarse antes de la edad establecida y con una mesada más lata, no obstante el actor indica que para ese momento no le explicaron características de los dos regímenes, ni mucho menos los requisitos para pensionarse.

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 COLFONDOS 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.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones COLFONDOS 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.

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.

---

<sup>5</sup> Audiencia 18 de mayo de 2022, récord 15:40

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.º 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:

| Etapas acumulativas                                            | Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información                                                                                                                                                                                                                    | Contenido mínimo y alcance del deber de información                                                                                                                                                                                                                                                         |
|----------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Deber de información                                           | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993<br>Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003<br>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.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009<br>Decreto 2241 de 2010                                                                                                                                                                                                                    | Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo |
| Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría. | Ley 1748 de 2014<br>Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015<br>Circular Externa n.º 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 COLFONDOS 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 COLFONDOS, omitió en el momento del traslado de régimen efectivo el 1º de septiembre 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.

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.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de COLFONDOS, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada 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, 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, ésta Sala de Decisión se adicionará el numeral segundo del fallo de primer grado, en cuanto a que COLFONDOS deberá retornar las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia<sup>6</sup>, 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<sup>7</sup>, 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 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.

<sup>6</sup> Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.

<sup>7</sup> Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

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 adocrinó 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, y en punto a la apelación de COLPENSIONES, se ha de indicar 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 lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES<sup>8</sup> (Páginas 30 y 31, archivo 4 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

---

<sup>8</sup> Se tuvo por contestada la demanda en auto del 18 de abril del 2022, archivo 10 expediente digital.

no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Finalmente, en lo que toca a la solicitud de COLPENSIONES de reconocer el valor de los perjuicios ocasionados, la misma se torna improcedente como quiera que tal aspecto no fue objeto del debate probatorio pues ninguna pretensión se erigió tendiente a obtener el pago de este concepto a favor de esa administradora, así como tampoco fue propuesta dicha temática a lo largo del juicio por ese extremo procesal.

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 modificará y adicionará en los puntos anteriormente expuestos, confirmándose la decisión de primer grado en lo demás.

**SIN COSTAS** en esta instancia.

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

## **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral **PRIMERO** de la sentencia apelada y consultada en cuanto a que la fecha efectiva del traslado del actor fue el **1º de septiembre de 1994**.

**SEGUNDO: ADICIONAR** el numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado, para ordenar a COLFONDOS 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.

**TERCERO: 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.

**CUARTO: 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.

**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 EUNICE ÑAÑEZ  
MARTÍNEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 04 2019 00834 01)**

Bogotá D.C. veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado para presentar los alegatos de conclusión, 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 4 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 23 de mayo de 2022 (*Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 1:14:07 Carpeta 2 expediente digital*), en la que se resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de EUNICE ÑAÑEZ MARTINEZ a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., suscrita el 1 de junio del 1995, por los motivos expuestos. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.*

*SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto aportes, rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que la demandante permaneció afiliada a esa administradora, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle*

*pormenorizado de los de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

*TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que, una vez, se efectúe el anterior trámite, acepte sin dilación alguna el traslado del demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes.*

*CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.*

*QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada PROTECCION S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma de un SMLMV.*

*SEXTO: CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, en consecuencia, envíese al Tribunal Superior de Bogotá -Sala Laboral.”*

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 en cuanto a los gastos de administración y seguro previsional, pues son descuentos que fueron autorizados por el legislador en la ley 100 de 1993 en su artículo 20 modificado posteriormente por el artículo 7 de la ley 797 de 2003, donde se facultó y se autorizó no solamente las administradoras privadas de pensiones sino también a la administradora pública de pensiones a efectuar la deducción o el descuento como cargo a la cotización a pensión obligatoria a los afiliados de estos dineros con el fin de cobijar estos dos conceptos, lo cual estaría constituyendo un enriquecimiento sin justa causa.

Precisa dentro del plenario no reposa ninguna prueba, de que los dineros administrados de la cuenta de ahorro individual de la demandante hubiesen tenido algún tipo de desmejora o detrimento respecto al patrimonio pensional, todo lo contrario, obra dentro del expediente el certificado de rendimiento de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante donde se demuestra que sus aportes tuvieron ganancias inclusive hasta del 150%.

Expresa que la superintendencia financiera de Colombia en concepto del 17 de enero de 2020 indicó que cuando se declara judicialmente la nulidad de la ineficacia de la afiliación, se debe dar aplicación al artículo 7 del decreto 3995 del año 2008 enfatizando que se debe respetar la destinación de los aportes pensionales realizados y la gestión de administración sin que allí se considere que deba trasladarse la prima del seguro previsional en atención que la aseguradora ya

cumplió con su deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, precisando se encuentra imposibilitada adelantar cualquier tipo de actuación tendiente a efectuar el recobro o a repetir en contra de la aseguradora a fin de que retornen estos dineros y tampoco Protección debe asumir con su propio patrimonio estos.

Finalmente menciona frente a la comisión de administración como del seguro previsional le es aplicable el termino de prescripción establecido en el artículo 488 del código sustantivo del trabajo en armonía con el artículo 151 del código procesal laboral toda vez que estos son conceptos que se van descontando de la periodicidad que va imponiendo la ley y los mismos no financian directamente la prestación económica por vejez de la demandante, luego a esto no se les puede cobijar o no se les puede dar la condición especial de protección de aquellos emolumentos que si cumplen con esta finalidad. *(Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 1:15:38 a 1:25:47 Carpeta 2 expediente digital)*<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Gracias señor juez, teniendo la oportunidad procesal, me permito interponer recurso de apelación frente a la decisión emanada por su despacho solicitándole respetuosamente a los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral, se permitan revocar la decisión de manera parcial de su despacho en lo que tiene que ver a la condena de mi representada efectuar una devolución o reconocimiento con destino a Colpensiones de los dineros descontados por concepto de gastos de administración y lo que tiene que ver con la prima del seguro previsional, esto atendiendo que, tanto la comisión de administración como la prima del seguro previsional, son descuentos que fueron autorizados por el legislador en la ley 100 del 93 en su artículo 20 modificado posteriormente por el artículo 7 de la ley 797 de 2003, donde se facultó y se autorizó no solamente las administradoras privadas de pensiones sino también a la administradora publica de pensiones a efectuar la deducción o el descuento como cargo a la cotización a pensión obligatoria a los afiliados de estos dineros con el fin de cobijar estos dos conceptos, cada uno con un fin muy específico y muy claro que ya es de conocimiento de las partes y que me permito retomar de la siguiente manera: es de recordar que con ocasión estos trámites judiciales, a protección y en general a las administradoras vencidas en juicio, siempre le es ordenada no solamente efectuar la devolución de lo concerniente a la cotización obligatoria, a los rendimientos financieros y a la garantía de pensión mínima, sino que a su vez se busca también que se traslade lo concerniente a la comisión de administración, esta condena en donde se ordena que se traslade la comisión de administración adicional y en algunos casos como es el que nos ocupa en este momento de manera indexada, estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones por recibir una comisión que ni siquiera es destinada a financiar la pensión de vejez de la parte demandante y adicionalmente es de recordar que todos los dineros anteriormente enunciados ya se le están trasladando a Colpensiones de la cuenta de ahorro individual de la demandante fruto de la buena gestión administración realizada por Protección; por lo que a Protección le asiste el derecho de conservar para así la comisión como una restitución mutua a su favor y no hay razón para tenérsela que trasladar a Colpensiones.

Dentro del plenario no reposa ninguna prueba, ni tampoco el juzgador de primera instancia está en la facultad de manifestar con la parte considerativa y mucho menos con la parte resolutive que los dineros administrados por mi representada de la cuenta de ahorro individual de la señora EUNICE hubiesen tenido algún tipo de desmejora o detrimento respecto al patrimonio pensional de la parte demandante, todo lo contrario, obra dentro del expediente el certificado de rendimiento de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante donde se demuestra que sus aportes tuvieron ganancias inclusive hasta del 150% , lo que da cuenta que los mismos fueron debidamente administrados por Protección luego no hay lugar a que se presente ningún tipo de restitución mutua ni nada por el estilo de mi representada hacia el accionante frente a un supuesto detrimento en el patrimonio pensional de esta, cuando es claro que no existe tal circunstancia que menciona el juzgador de primera instancia.

Hay que recordar que el artículo 1746 del código civil dispone cuales son los efectos taxativos de la declaratoria de la nulidad y en ese orden de ideas si la consecuencia de la ineficacia es que las cosas vuelvan al estado anterior en estricto sentido se produciría que el contrato de afiliación nunca existió y Protección le debe dar al administrador los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, es genera dos vertientes muy claras; primero los rendimientos que produjo esa cuenta no se causaron y no debería haber existido un cobro de una cuota de administración no obstante, como lo advirtió el juzgador de primera instancia pero de manera errada, ese mismo artículo 1746 habla sobre las restituciones mutuas, intereses, frutos, y del abono de las mejoras sobre el bien administrado y con base en eso se debe entenderse que aunque se declare la ineficacia de la afiliación y se haga la ficción de que este contrato nunca existió no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras y así las cosas producto de esa buena gestión de Protección sobre la cuenta de ahorro individual esta obtuvo unos rendimientos y por eso tiene derecho Protección a conservar la comisión de administración si efectivamente hizo rentar el patrimonio de la parte demandante, esto nos permite hablar de unas prestaciones acaecidas que no pueden desconocerse, sobre todo cuando se trata de contratos de derecho laboral y de la seguridad social, toda vez que si se aplicara en estricto sentido la teoría de nulidad del derecho privado mediante la restitución completa de las prestaciones se llegaría a la conclusión que si la comisión nunca se debió haber descontado tampoco nunca debieron haber existido los rendimientos en la cuenta de ahorro individual y de hecho como ya se ha advertido dichos rendimientos siempre se trasladan a Colpensiones como consecuencia de la declaratoria de nulidad de la ineficacia de la afiliación, entonces el juzgador de primera instancia parte de un presupuesto errado en cuanto a que a consideración de este existió un detrimento en el patrimonio pensional o en los dineros administrados por Protección de la señora EUNICE circunstancia que nos puede estar más alejada de la realidad conforme a la documental que fue aportada por esta administradora dentro del proceso y que da cuenta que lo dicho por el juzgador de primera instancia este patrimonio de la señora EUNICE se incrementó o mejoro sustancialmente por cuenta de la administración de los recursos por parte de Protección.

Esta teoría de las prestaciones acaecida fue puesta de presente por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia con radicado 31989 del 9 de septiembre del año 2008, magistrado ponente Eduardo López Villegas, que manifestó que 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 tiene cabida enteramente en el derecho social de manera a diferencia de propender por el retorno al estado original al momento en que se formalizo el acto anulado mediante la restitución completa de las prestaciones que aún no hubiere dado recibido ha de valer el carácter tutelario y preservar situaciones consolidadas en el ámbito del derecho laboral y el de la seguridad social. En igual sentido la superintendencia financiera de Colombia en concepto del 17 de enero de 2020 indico que cuando se declara judicialmente la nulidad de la ineficacia de la afiliación, se debe darse aplicación al artículo 7 del decreto 3995 del año 2008 enfatizando que se debe respetar la destinación de los aportes pensionales realizados y la gestión de administración en el mismo concepto tampoco considera que deba trasladarse la prima del seguro previsional en atención que la aseguradora ya cumplió con su deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza. Esto me lleva al segundo ítem respecto a la prima del seguro previsional en donde ha sido la Corte Suprema de Justicia en Sala Civil y en sala laboral quienes se han pronunciado frente a los terceros de buena fe refiriéndose en este caso a las Aseguradoras manifestando concretamente en la sentencia SL 2324 del 19 de marzo de 2019 sala laboral de la Corte Suprema de Justicia magistrada ponente Dra. Ana María Muñoz Segura, primero ante los terceros de buena fe que las consecuencias de la ineficacia no pueden ser extendidas a terceros y que segundo que la devolución de aportes no supere una retroactividad plena y en ese sentido mantenerse todas las situaciones consolidadas que se presumieron de buena fe, luego mi Administradora se encuentra imposibilitada de adelantar cualquier tipo de actuación tendiente a efectuar el recobro o a repetir en contra de la aseguradora a fin de que retornen estos dineros y tampoco Protección debe asumir con su propio patrimonio estos, toda vez que este contrato o esa prestación del servicio de aseguramiento a las contingencias de invalidez y muerte, a la señora EUNICE se le prestaron desde el momento en que traslado esta administradora e inclusive hasta la fecha, luego ese servicio fue prestado.

Debe tenerse presente que en caso en que se confirme la condena a Protección de asumir con su patrimonio de estos dos conceptos de comisión de administración y de la prima del seguro previsional se estaría en presencia de una condena en perjuicios contra el patrimonio de mi representada la cual debería revisarse a la luz de una responsabilidad civil con los elementos propios de esta y en el presente proceso no fue materia de prueba, ni tampoco fue demostrada la causación de dichos perjuicios, y también es de resaltar que la inversión de la carga de la prueba de estos trámites opera frente a la pretensión de la ineficacia y la nulidad y no frente a los perjuicios, los cuales no fueron demostrados, ni probados, ni cuantificados, ni cualificados por la parte demandante y esto sigue siendo una exigencia en cabeza de las partes demandantes, luego se estaría violentando el derecho de defensa y de contradicción de mi representada respecto a este tipo de sentencias exorbitantes. Finalmente frente a la comisión de administración como el seguro previsional le es aplicable el termino de prescripción establecido en el artículo 488 del código sustantivo del trabajo en armonía con el artículo 151 del código procesal laboral toda vez que como se advirtió inicialmente estos son conceptos que se van descontando de la periodicidad que va imponiendo la ley y los mismos no financian directamente la prestación económica por vejez de la demandante, luego a esto no se les puede cobijar o no s eles puede dar la

A su turno, COLPENSIONES señala que la afiliación de la demandante con la AFP demandada fue un negocio jurídico totalmente ajeno a Colpensiones pues este es un tercero de buena fe que no tuvo ninguna injerencia frente a la información clara y suficiente a las consecuencias y beneficios del cambio de régimen, razón por la cual debe ser absuelta de todos los pedimentos de la demanda.

Indica la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho a la seguridad social de los demás afiliados; pues la demandante ya cumple con los requisitos para pensionarse y se entraría a beneficiarse por los aportes que los demás afiliados han realizado (*Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 1:25:55 Carpeta 2, expediente digital*)<sup>2</sup>

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 la demanda (Páginas 7 y 8,**

---

condición especial de protección de aquellos e monumentos que si cumplen con esta finalidad. Por todo lo anterior y en los anteriores términos se ha sustentado el recurso y solicitando nuevamente se absuelva a mi representada de las pretensiones impuestas por el juzgador de primera instancia, muchas gracias.

<sup>2</sup> Muchas gracias señor Juez, como apoderada sustituta de Colpensiones me permito presentar recurso de apelación en contra del fallo proferido por este despacho, manifestando que Colpensiones se ratifica en la contestación de la demanda, a los medios exceptivos propuestos y a los alegatos de conclusión acabados de presentar. Se resalta que el negocio jurídico que dio lugar a la filiación de la demandante con la AFP demandada fue un negocio jurídico totalmente ajeno a Colpensiones pues este es un tercero de buena fe que no tuvo ninguna injerencia frente a la información clara y suficiente a las consecuencias y beneficios del cambio de régimen, es la entidad aquí demandada. Por ello Colpensiones debe ser absuelta de todos los pedimentos de la demanda porque de lo contrario se estaría responsabilizando a mi representada por la culpa de un tercero. Se debe dejar claro que todas y cada una de las actuaciones llevadas a cabo por mi representada se encuentran permeadas de buena fe y la negativa que recibe la aquí demandante se basa única y exclusivamente en el cumplimiento del deber legal. Es por ello que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho a la seguridad social de los demás afiliados; pues la demandante ya cumple con los requisitos para pensionarse y entraría a beneficiarse por los aportes que los demás afiliados han realizado y además permite que aquellos que por buscar otros beneficios que ofrece el RAIS como lo hizo la demandante al momento de darse cuenta que no podrá acceder a dichos beneficios, se vean beneficiados con rendimientos que han realizado los afiliados de régimen de prima media que permanecieron en este régimen. De esta manera dejo sustentado mi recurso de apelación solicitando a los honorables magistrados de la sala laboral del tribunal superior de Bogotá, revoken la sentencia que se acaba de proferir y en su lugar absuelvan a mi representada de cada uno de los pedimentos solicitados por la demandante condenando en costas a la parte actora. Muchas gracias.

**archivo 1, Carpeta 1 del expediente digital), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (Páginas 5 a 7 *ibídem*)**, aspirando de manera principal se declare la nulidad de la afiliación efectuada al RAIS, en consecuencia, se condene a Colpensiones a recibirla como afiliada cotizante y a Protección a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido como motivo de la afiliación tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y rendimientos, costas procesales, derechos *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante el 1 de junio de 1995 a Protección, condenando a ésta AFP a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto aportes, rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, señalando que al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos Valores, junto con el detalle pormenorizado de los de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, igualmente dispuso que Colpensiones aceptara sin dilación alguna el traslado, declaro no probadas las excepciones y condenó en Costas a Protección. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PROTECCIÓN no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante, al momento del traslado, precisando si bien se pudo haberle brindado información 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, en relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, vigente para la época del traslado realizado por la actora,<sup>3</sup> los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y 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*

---

<sup>3</sup> 1º de junio de 1995 (Carpeta 1, Archivo 1 páginas 149 y 184 expediente digital)

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”<sup>4</sup>.

En ese orden, en el caso de marras, se evidencia del reporte de semanas de cotización expedido por Colpensiones (Expediente administrativo Carpeta 1 expediente digital) la actora registró afiliación a esa entidad el 1° de mayo de 1995, y dado que según el formulario de solicitud de vinculación a PROTECCIÓN ésta se trasladó de régimen pensional el 1° de junio de 1995 (Carpeta 1, Archivo 1 páginas 149 y 184 expediente digital) lo procedente sería abordar el estudio de la validez del traslado previa constatación de la permanencia en el tiempo mínimo señalado en precedencia; no obstante, como quiera que tal aspecto no hizo parte del petitum de la demanda ni fue objeto de debate en el trámite del proceso, como tampoco impide solicitar la nulidad de la afiliación, la Sala continuara el estudio de los puntos objeto de apelación en virtud del principio de consonancia, así como de las condenas impuestas a Colpensiones derivadas de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional por el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad, el cual se surte en razón a que la orden dispuesta por el Juez de primer grado puede ocasionar una eventual obligación de pago de una pensión a favor de la accionante (Ver sentencia SL 2035 del 2020<sup>5</sup>)

---

<sup>4</sup> 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 2°, 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”.

<sup>5</sup> "Por tanto, contrario a lo aducido por la impugnación, la segunda instancia no tenía la limitación decisoria que ésta le enrostra, pues en virtud de la norma procesal que puso a operar, como imperativamente le correspondía, debía revisar, sin restricción, la condena que en contra de COLPENSIONES fulminó el Juez unipersonal, así esta entidad hubiera apelado el primer fallo, únicamente, en punto del tema de la reclamación administrativa y a pesar de que el otro sujeto procesal, PORVENIR S.A, no haya promovido la alzada, pues es relevante que el silencio de ésta, frente al proveído inicial, se explica en que se le liberó de una eventual obligación de pago de una pensión a favor del actor, carga que se trasladó a la aseguradora de la cual es garante la Nación, en cuyo beneficio opera la dispensa del grado jurisdiccional de consulta, en el marco del debido proceso judicial, que garantiza y protege el artículo 29 de la CN. "

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 16 de marzo de 1966 (*Página 28 Carpeta 1 Archivo 1 Expediente Digital*), por lo que la edad de 57 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2023, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES y PROTECCIÓN el 21 de agosto de 2019 (*Páginas 31, 36 y 37 Carpeta 1 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, tan solo contaba con 2.86 semanas (*Historia Laboral aportada por Colpensiones en el expediente administrativo*), 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,.

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 **1° de junio de 1995** con fecha de efectividad a partir del **1° de julio de 1995** (*Páginas 149 y 184 archivo1 expediente digital*) por afiliación que hiciera a 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<sup>6</sup>, 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.

---

<sup>6</sup> Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

*De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:*

*Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).*

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

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

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

Así, discurrió:

***“1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen***

*Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.*

*Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (...) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y*

*hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».*

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

*Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la inejecación, 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 inejecación 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 inejecación 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 inejecación distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la inejecación 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 inejecable, 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 inejecación. 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 inejecación 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.

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<sup>7</sup>, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

---

<sup>7</sup> “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

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

***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***

---

*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.*

*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<sup>8</sup> no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que al lugar de su trabajo llegó un asesor de PROTECCIÓN, señalando que como el ISS se iba a acabar sus aportes con tal AFP iban a tener mejor respaldo, aunado a que tenía derecho a una pensión más alta, se podía retirar sin inconvenientes y la pensión iba a ser heredable.

Nótese, de lo relatado por la demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que la AFP 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 PROTECCIÓN (Página 149, 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

---

<sup>8</sup> Audiencia 23 de mayo de 2022, récord 9:42



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 209 a 211 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 posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones PROTECCIÓN 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.º 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:

| <b>Etapas acumulativas</b>                                     | <b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</b>                                                                                                                                                                                                             | <b>Contenido mínimo y alcance del deber de información</b>                                                                                                                                                                                                                                                  |
|----------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Deber de información                                           | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993<br>Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003<br>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.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009<br>Decreto 2241 de 2010                                                                                                                                                                                                                    | Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo |
| Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría. | Ley 1748 de 2014<br>Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015<br>Circular Externa n.º 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 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 **(1 de junio de 1995, efectivo el 1 de julio de 1995)**, el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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, gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia<sup>9</sup>, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los 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, aclarando en este punto y para resolver la apelación de COLPENSIONES, aunque esta entidad no intervino de manera directa en el acto jurídico de traslado, no puede perderse de vista que en la actualidad dentro de la estructura del sistema de pensiones es la única entidad administradora del régimen de prima media con prestación definida, siendo de contera la llamada a recibir nuevamente a la demandante como su afiliada.

Por otro lado 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*

---

<sup>9</sup> Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.

*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 (...)”.*

Aquí resulta pertinente acotar, de cara a la alzada propuesta por PROTECCIÓN que el concepto emitido por la Superintendencia Financiera no resulta vinculante, y en todo caso, la determinación de devolver los gastos de administración no resulta caprichoso, sino que, se itera, es consecuencia de la aplicación de los efectos de la declaratoria de ineficacia.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por PROTECCIÓN y COLPENSIONES<sup>10</sup> (Páginas 14 y 15, archivo 3 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, para resolver la alzada de PROTECCIÓN dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración y demás restituciones, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción.

---

<sup>10</sup> Se tuvo por contestada la demanda en auto del 3 de febrero del 2022, archivo 6 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 transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.*

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

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

**SIN COSTAS** en esta instancia.

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primer grado, 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 BLANCA LILIA SANTA  
LOAIZA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 04 2021 00109 01)**

Bogotá D.C. Veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022)

**AUTO**

Reconocer personería adjetiva al abogado MICHAEL GIOVANNY MUÑOZ TAVERA, como apoderado sustituto de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MIGUEL ANGEL RAMIREZ GAITAN, en su calidad de abogado de conformidad con la Escritura Pública N° 3364 (FL. 102)

  
**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

Vencido el término de traslado otorgado para presentar los alegatos de conclusión, 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 PROTECCIÓN y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 10 de mayo de 2022 (Exp. Digital: «24ActaAudiencia10052022», récord 19:15, archivo

«2021-00109-20220510\_090228-Grabación de la reunión.mp4»), en la que se resolvió:

**“PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación de BLANCA LILIA SANTA LOAIZA a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS -PROTECCION S.A., realizado el 1 de mayo del 1995, por los motivos expuestos. En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

**SEGUNDO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto de gastos de administración, comisiones de seguros y el porcentaje del fondo de solidaridad, debidamente indexadas, por el periodo en que la demandante permaneció afiliada a dicha administradora.

**TERCERO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que, una vez, se efectúe el anterior trámite, acepte sin dilación alguna el traslado de la demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes.

**CUARTO: CONDENAR** al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES a reconocer y pagar a BLANCA LILIA SANTA LOAIZA la pensión de vejez de conformidad con el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1 de agosto de 2009, en cuantía inicial de \$496.900, junto con las mesadas adicionales, condena que a 30 de abril de 2022 asciende a \$58.179.071. Igualmente, se ordena indexar dicha suma desde su causación hasta la fecha de pago efectivo, sin perjuicio de la actualización que se llegue a causar. COLPENSIONES descontará de la pensión reconocida, el valor de la totalidad de las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, con la finalidad de que las transfiera a la entidad administradora de salud a la que se encuentre afiliada la accionante.

**QUINTO: NEGAR** las demás pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva.

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

**SÉPTIMO: CONDENAR** en costas a la demandada PROTECCIÓN S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$ 1 SMLLV.

**OCTAVO: CONCEDER** el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, en consecuencia, envíese al Tribunal Superior de Bogotá-Sala Laboral”.

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

Así, en primer lugar PROTECCIÓN arguye, que al formulario de vinculación es un documento que no se le puede restar valor probatorio, pues la información que se realizaba era de manera verbal y era el requisito principal para la época, el cual

era regulado en el artículo 13 y 114 de la ley 100, que autoriza el traslado el cual se le debía generar, requisito que fue cumplido por la AFP. Aclaró que los afiliados tienen unas obligaciones de acuerdo a los estatutos financieros, esos son cerciorarse e informarse de los productos y servicios, revisar los términos y condiciones, también informarse sobre los órganos y medios que dispone la entidad, obtener respuesta oportuna, siendo evidente que la demandante no las cumplió.

Con relación a los gastos de administración y seguro previsional, indicó que durante todo el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a este fondo de pensiones, le fue administrado el dinero con el mayor cuidado y diligencia, tal como se podía constatar en los rendimientos financieros, por tal motivo, lo consignado con las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, se debe entender que aunque se declare la nulidad o ineficacia en este caso de afiliación de la demandante, y que se haga la ficción que nunca existió, tal contrato, no se puede desconocer que el bien adjudicado produjo unos frutos, unas mejoras, y unos rendimientos financieros, los cuales son productos de la buena gestión que realizó Protección y los frutos deben conservarse en virtud de la gestión realizada. Además, con tal devolución, se estaría constituyendo un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante y en detrimento del patrimonio de PROTECCIÓN, dado que no hacen parte de la cuenta de ahorro individual, sino que por el contrario sería una sanción, y en ese sentido este proceso no es idóneo para reconocer todos estos emolumentos.

Respecto al seguro previsional, precisó que PROTECCIÓN esta imposibilitada a devolver dicho pago, porque corresponde a una aseguradora y por consiguiente tendría que asumirse con cargo a su propio patrimonio, lo cual se constituiría igualmente en un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante, y una vulneración al derecho de la igualdad que le asiste.

Frente a la condena en costas, mencionó que PROTECCIÓN está precedida del principio de la buena fe, dado que dio estricto cumplimiento y se apegó a las normas regulatorias de la materia, para dicha época, toda vez que la ineficacia del traslado y la negativa se da por el cumplimiento de la ley 797 del 2003<sup>1</sup> (Exp.

---

<sup>1</sup> “Su señoría me permito interponer recurso de apelación ante la sentencia que acaba de proferir. Primero es de aclarar que el despacho determina que PROTECCIÓN no probó la asesoría realizada, pero es importante mencionar que el artículo 244 del Código General del Proceso, el formulario de vinculación es un documento el no se le puede restar valor probatorio, pues la información que se

Digital: archivo «2021-00109-20220510\_090228-Grabación de la reunión.mp4»,  
récord 0:21:31).

COLPENSIONES, por su parte, se aparta de la decisión señalando que con la declaración de la demandante y las pruebas aportadas no se logró demostrar la existencia de algún tipo de vicio del consentimiento para la señora BLANCA LILIA SANTA LOAIZA, de trasladarse en su momento del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, su decisión fue absolutamente espontanea, libre y en ningún momento se vio restringido su consentimiento.

Agrego, la señora demandante se trasladó en el año 2002, al régimen de ahorro individual con solidaridad, exactamente el 1° de agosto de 2002, y pasaron más de 4 años, por lo cual no se dieron los presupuestos para que, de lo enunciado en el Código Civil, en sus artículos 1541 y 1502, 1508, y 1504, en los cuales se podría dar una rescisión del contrato alegado o un objeto u causa ilícita, vicio del consentimiento o nulidad relativa, que se enfocara en la aludida rescisión del contrato.

Igualmente, frente a la concesión de la pensión de vejez, señaló que va en desmedro de COLPENSIONES, pues la misma recién tendría en su lista de afiliados a la señora SANTA LOAIZA, por lo cual, el conducto regular es, primero

---

*realizaba era de manera verbal y era el requisito principal para la época, el cual era regulado en el artículo 13 y 114 de la ley 100, que autoriza el traslado el cual se le debía generar, lo cual cumplió mi poderdante, por eso no podrá ser condenada.*

*También se debe aclarar que los afiliados tienen unas obligaciones de acuerdo a los estatutos financieros, esos son cerciorarse e informarse de los productos y servicios, revisar los términos y condiciones, también informarse sobre los órganos y medios que dispone la entidad, obtener respuesta oportuna, es evidente que la señora Blanca no cumplió tampoco con sus obligaciones de acuerdo al Estatuto Financiero.*

*Respecto d ellos gastos de administración y seguro previsional, durante todo el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a este fondo de pensiones, esta administraba el dinero (inaudible) por la misma, con el mayor cuidado y diligencia, lo cual se puede constatar en los rendimientos financieros allegado junto con la presente contestación, por lo cual lo consignado con las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil colombiano, debe entenderse que aunque se declare la nulidad o ineficacia en este caso de afiliación de la demandante, y que se haga la ficción que nunca existió, tal contrato, no se puede desconocer que el bien adjudicado produjo unos furtos, unas mejoras, y unos rendimientos financieros, los cuales son productos de la buena gestión que realizó PROTECCIÓN y los frutos deben conservarse por haber realizado esta excelente gestión.*

*Al declararse la devolución de los gastos de administración, se estaría constituyendo un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante y en detrimento del patrimonio de PROTECCIÓN, pues estaría generando unos rendimientos por la buena administración, los cuales no hacen parte de la cuenta de ahorro individual sino que por el contrario sería una sanción de una especie de perjuicios impuestos a esta entidad, y en ese sentido este proceso no es idóneo para reconocer todos estos emolumentos, sería como reconocer una póliza que ni siquiera existe porque no hay un siniestro.*

*Respecto al seguro previsional PROTECCIÓN esta imposibilitada a devolver dicho pago, porque corresponde a una aseguradora y por consiguiente tendría que asumirse con cargo a su propio patrimonio, lo cual se constituiría igualmente en un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante, y una vulneración al derecho de 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 (inaudible) de la buena fe, en estricto cumplimiento y apego de las normas regulatorias de la materia, para dicha época, toda vez que la ineficacia del traslado y la negativa se da por el cumplimiento de la ley 797 del 2003, conforme (inaudible) dicha sanción a mi representada, por eso le solicito la revocatoria de la totalidad de la sentencia.*

*En los términos anteriormente descritos solicito al tribunal superior del Distrito revocar la sentencia que se acaba de proferir en su totalidad, en especial sobre la devolución de gastos de administración, y seguros previsionales. Muchas gracias su señoría."*

haber recibido cualquier tipo de traslado, de aportes y rendimientos del régimen de ahorro individual al régimen de prima media y subsiguientemente realizara una liquidación con base en unas semanas; de tal forma que conceder la pensión de vejez ya liquidada y con un retroactivo ya liquidado, iría en contra de los prerrogativas de la entidad pensional<sup>2</sup> (récord 25:16, ibidem).

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 12 a 14, 01DemandaAnexos.pdf” del expediente digital) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 4 a 5, ibídem), aspirando se declare la ineficacia de su traslado del régimen de prima media con prestación definida de ahorro individual con solidaridad realizado y promovido por COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A. En consecuencia, se condene a PROTECCION S.A., al pago de los daños y perjuicios ocasionados por dicho traslado del régimen pensional, equivalentes al valor de las mesadas causadas y no pagadas desde la fecha en que cumplió los requisitos para pensionarse, hasta que Colpensiones empiece a pagarle la mesada pensional. Se condene a Colpensiones a reconocerle y pagarle la pensión de vejez a partir de la fecha en que cumplió los requisitos para el reconocimiento y pago de su derecho pensional, junto con los intereses moratorios, la indexación e indexación de las mesadas. Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora a PROTECCIÓN, disponiendo a esa AFP, como actual administradora a la**

---

<sup>2</sup> “Muchas gracias señor juez, respetuosamente me permito presentar recurso de apelación y esto por directriz expresa de COLPENSIONES, básicamente ratificando la postura que se ha presentado a lo largo del presente proceso, inicialmente logrando visualizar que con la de ponencia de la demandante y las pruebas aportadas no se logró concluir de alguna manera que existiera algún tipo de vicio del consentimiento para la señora BLANCA LILIA SANTA LOAIZA, de trasladarse en su momento del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, su decisión fue absolutamente espontanea, libre y en ningún momento se vio restringido consentimiento alguno.

Igualmente, la señora demandante, se trasladó en el año 2002, al régimen de ahorro individual con solidaridad, exactamente el 1º de agosto de 2002, y pasaron más de 4 años, por lo cual no se dieron los presupuestos para que de lo enunciado en el Código Civil, en sus artículos 1541 y 1502, 1508, y 1504, en los cuales se podría dar una rescisión del contrato alegado o un objeto u causa ilícita, vicio del consentimiento o nulidad relativa, que se enfocara en la aludida rescisión del contrato ya plurimencionado.

Igualmente, frente a la concesión de la pensión de vejez, esto va en desmedro de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, pues la misma recién tendría en su lista de afiliados a la señora SANTA LOAIZA, por lo cual, el conducto regular es, primero haber recibido cualquier tipo de traslado, de aportes y rendimientos del régimen de ahorro individual al régimen de prima media y subsiguientemente realizara una liquidación con base en unas semanas, y poner una sentencia con una pensión de vejez ya liquidada y con un retroactivo ya liquidado, pues iría en contra de los prerrogativas de la entidad pensional.

Así las cosas, COLPENSIONES espera que el tribunal (inaudible) la determinación del despacho y modifique la misma. Muchas gracias.”

que se encuentra vinculada, devolver las sumas percibidas por concepto de aportes, gastos de administración y el porcentaje del fondo de solidaridad, debidamente indexadas por el periodo en que la demandante permaneció afiliada a esa administradora. Condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante la pensión de vejez en aplicación del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1° de agosto de 2009 en cuantía inicial de \$496.900 (SMLMV) por catorce mesadas al año; a pagar el retroactivo que a abril de 2022 asciende a \$58.179.071. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PROTECCIÓN no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado y de otro lado, encontró acreditados los requisitos de ley para otorgar la prestación de vejez a la demandante.

Así las cosas, en primer lugar, sea del caso indicar, en autos no es objeto de discusión que la demandante mediante afiliación realizada a PROTECCIÓN el 06 de abril de 1995 se trasladó de régimen pensional (del RPM al RAIS), tal como se verifica del reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito en la mentada calenda (pág. 48 archivo “01DemandaAnexos.pdf” y págs. 37 a 44 del archivo “06ContestacionProteccion.pdf”, expediente virtual). Asimismo, se encuentra acreditado que la demandante retornó al régimen de prima media, administrado por COLPENSIONES el 07 de junio de 2002 (pág. 37 ibidem).

Ahora bien, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 21 de noviembre de 1950 (página 30, archivo “01DemandaAnexos.pdf”, expediente digital), por lo que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es a 1 de abril de 1994, contaba con 43 años de edad, quedando claro, que en principio es beneficiaria del régimen de transición; sin embargo, teniendo en cuenta el traslado de régimen efectuado por la demandante el 06 de abril de 1995 (página 48, ibidem) y que para el 1° de abril de 1994 la actora contaba con 415,71 semanas, equivalente 7 años, 11 mes y 18 días de servicio (14RemisionHistoriaLaboralColpensiones, página 3), es decir, no cumplía con el requisito para mantener el beneficio transicional pese a su traslado, esto es 15 años de servicio antes del 01 de abril de 1994, de

conformidad con lo señalado en la sentencia C-789 de 2002<sup>3</sup>, por lo que resulta procedente el estudio del traslado de régimen pensional y la conservación del beneficio transicional con base en la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, desde luego si hay lugar a declararla.

Así las cosas, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, y recuperar el régimen de transición, 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 **06 de abril de 1995** con fecha de efectividad a partir del **1 de mayo de 1995** (páginas 48, *ib.* y 27 a 29, archivo “06ContestacionProteccion.pdf”, expediente digital) por afiliación que hiciera a COLMENA hoy PROTECCIÓN, específicamente conforme la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

Para solventar ello, es preciso 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

---

<sup>34</sup>“Como se desprende de la lectura del inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el legislador previó el régimen de transición en favor de tres categorías de trabajadores que, al momento de entrar en vigor dicha ley, cumplieran con determinados requisitos. En primer lugar, los hombres que tuvieran más de cuarenta años; en segundo lugar, las mujeres mayores de treinta y cinco y; en tercer lugar, los hombres y mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados; requisitos que debían cumplir al momento de entrar en vigencia el sistema de pensiones, conforme lo establece el artículo 151 de dicha ley. A su vez, como se desprende del texto del inciso 4º, este requisito para mantenerse dentro del régimen de transición se les aplica a las dos primeras categorías de personas; es decir, a las mujeres mayores de treinta y cinco y a los hombres mayores de cuarenta. Por el contrario, ni el inciso 4º, ni el inciso 5º se refieren a la tercera categoría de trabajadores, es decir, quienes contaban para la fecha (1º de abril de 1994) con quince años de servicios cotizados. Estas personas no quedan expresamente excluidos del régimen de transición al trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme al inciso 4º, y por supuesto, tampoco quedan excluidos quienes se trasladaron al régimen de prima media, y posteriormente regresan al de ahorro individual, conforme al inciso 5º. El intérprete podría llegar a concluir, que como las personas con más de quince años cotizados se encuentran dentro del régimen de transición, a ellos también se les aplican las mismas reglas que a los demás, y su renuncia al régimen de prima media daría lugar a la pérdida automática de todos los beneficios que otorga el régimen de transición, así después regresen a dicho régimen. Sin embargo, esta interpretación resulta contraria al principio de proporcionalidad. Conforme al principio de proporcionalidad, el legislador no puede transformar de manera arbitraria las expectativas legítimas que tienen los trabajadores respecto de las condiciones en las cuales aspiran a recibir su pensión, como resultado de su trabajo.[19] Se estaría desconociendo la protección que recibe el trabajo, como valor fundamental del Estado (C.N. preámbulo, art. 1º), y como derecho-deber (C.N. art. 25). Por lo tanto, resultaría contrario a este principio de proporcionalidad, y violatorio del reconocimiento constitucional del trabajo, que quienes han cumplido con el 75% o más del tiempo de trabajo necesario para acceder a la pensión a la entrada en vigencia del sistema de pensiones, conforme al artículo 151 de la Ley 100 de 1993 (abril 1º de 1994),[20] terminen perdiendo las condiciones en las que aspiraban a recibir su pensión. En tal medida, la Corte establecerá que los incisos 4º y 5º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 resultan exequibles en cuanto se entienda que los incisos no se aplican a las personas que tenían 15 años o más de trabajo cotizados para el momento de entrada en vigor del sistema de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, conforme a lo dispuesto en el artículo 151 del mismo estatuto. Por supuesto, esto no significa que las personas con más de 15 años cotizados, y que se encuentran en el sistema de ahorro individual con solidaridad, se les calcule su pensión conforme al régimen de prima media, pues estos dos regímenes son excluyentes. Como es lógico, el monto de la pensión se calculará conforme al sistema en el que se encuentre la persona. Adicionalmente, resulta indispensable armonizar el interés en proteger la expectativa legítima de las personas que habían cumplido quince años o más cuando entró en vigencia el sistema, con el interés en que el régimen de prima media tenga los recursos suficientes para garantizar su viabilidad financiera. También resultaría contrario al principio de proporcionalidad, que quienes se trasladaron de este régimen al de ahorro individual, y después lo hicieron nuevamente al de prima media, reciban su pensión en las condiciones del régimen anterior, sin consideración del monto que hubieran cotizado. Por lo tanto, las personas que hubieran cotizado durante 15 años o más al entrar en vigencia el sistema de pensiones, y se encuentren en el régimen de prima media con prestación definida, tendrán derecho a que se les apliquen las condiciones de tiempo de servicios, edad y monto de la pensión, consagradas en el régimen anterior, siempre y cuando: a) Al cambiarse nuevamente al régimen de prima media, se traslade a él todo el ahorro que habían efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y b) Dicho ahorro no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieran permanecido en el régimen de prima media. En tal evento, el tiempo trabajado en el régimen de ahorro individual les será computado al del régimen de prima media con prestación definida.”

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<sup>4</sup>, 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 SL1948 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

---

<sup>4</sup> 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.

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<sup>5</sup>, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

---

<sup>5</sup> “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 error 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.

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

***“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.***

*(…)*

*Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*

*(…).*

*Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*

***Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades 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 actora recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiera informado en relación con el régimen de transición del cual era beneficiaria, y menos aún de las desventajas que traería el cambio de régimen.

---

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante<sup>6</sup>, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que los asesores en una reunión grupal le indicaron que era mejor estar en el fondo privado porque le ofrecerían más garantías sin explicarle nada más sobre el régimen de ahorro individual, dejándose convencer.

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 COLMENA, hoy PROTECCIÓN (*página 48, ibíd*), este no constituyen en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

Respecto al comunicado de prensa (*páginas 52 a 54, ibíd.*), 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.

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.

---

<sup>6</sup> Audiencia del 06 de abril de 2022, récord 08:26.

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.º 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:



| <b>Etapas acumulativas</b>                                     | <b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar</b>                                                                                                                                                                                                                         | <b>Contenido mínimo y alcance del deber de información</b>                                                                                                                                                                                                                                                  |
|----------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Deber de información                                           | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993<br>Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003<br>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.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009<br>Decreto 2241 de 2010                                                                                                                                                                                                                    | Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo |
| Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría. | Ley 1748 de 2014<br>Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015<br>Circular Externa n.º 016 de 2016                                                                                                                                                                                              | Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.                                                                                                                                                                                    |

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN, omitió en el momento del traslado de régimen (**06 de abril de 1995, efectivo el 1 de mayo de 1995**), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, **en especial, la pérdida del beneficio del régimen de transición** y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia, razón por la cual habrá de confirmarse la sentencia de primer grado, determinación que implica privar de todo efecto práctico al traslado, bajo la ficción jurídica de que nunca existió, y bajo tal entendido, que la promotora del litigio no perdió el régimen de transición estatuido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues contaba con más de 35 años de edad al 1º de abril de 1994.

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

Ahora, en los términos sentados al inicio, en autos no se discute que la actora retornó a COLPENSIONES -donde continuó efectuando cotizaciones- y que PROTECCIÓN –administradora del RAIS a la que se encontraba afiliada antes de retornar al RPM realizó el traslado del valor existente en su cuenta de ahorro individual (14RemisionHistoriaLaboralColpensiones, págs. 3 a 9); por lo que, bajo tal escenario, y aunque de manera consecuencial a la declaratoria de ineficacia debería disponerse el traslado de los saldos de la cuenta de la cuenta de ahorro individual de la demandante que se encontraren a cargo de la AFP a COLPENSIONES, lo cierto es que ello ya ocurrió.

No obstante, pese a encontrarse probado que la AFP PROTECCIÓN S.A. trasladó al ISS, hoy Colpensiones, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, no existe constancia de que hubiese devuelto también los valores correspondientes a gastos de administración, de los cuales, según se expuso en las sentencias SL 31989, 9 sep. 2008, SL9464-2018, SL4989-2018, SL1421-2019 y SL1689 de 2019 –última cuyo supuesto fáctico se asemeja al de autos-, debe asumir con cargo a sus propios recursos.

Debe precisarse en este punto, se adicionará el numeral segundo del fallo de primer grado, en cuanto a que además de lo anterior, PROTECCIÓN también debe devolver a COLPENSIONES las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia<sup>7</sup>, y, los valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades<sup>8</sup>, por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a dicha 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:

“(…)

<sup>7</sup> Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.

<sup>8</sup> 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 adocrinó 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, pues es suficiente indicar en este punto, no se está avalando el tránsito de un régimen a otro sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva a retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

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

*“Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.*

[...]

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

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

*Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”*

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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES<sup>9</sup> a favor de quien se surte la consulta (*expediente digital, archivo 07ContestaColpensiones.pdf, página 20*) basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

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

*“...recientemente, en la sentencia CSJ SL1421-2019, tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto, sosteniéndose que en materia del derecho del trabajo y la seguridad social, las disposiciones que gobiernan la extinción de la acción son los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, que consagran un periodo trienal para que opere ese fenómeno; sin embargo, se adujo que tal normativa no resulta aplicable a los casos de ineficacia del traslado, por cuanto se trata de una pretensión de carácter declarativa, que es precisamente lo que sucede en el sub examine, en la aludida providencia se dijo:*

*Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna*

---

<sup>9</sup> Se tuvo por contestada la demanda en auto del 5 de diciembre de 2019 (*página 204, archivo 1, expediente digital*).

*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 transcurso 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)*

Establecido lo anterior, en virtud de la ineficacia del traslado, e iterando que la actora es beneficiaria del régimen de transición, conforme se expuso desde el inicio de esta providencia, (artículo 36 de la ley 100 de 1993) ingresa por esa vía al estudio del derecho pensional solicitado, beneficio que en todo caso fue conservado a la luz del Acto Legislativo 01 de 2005, como quiera que al 29 de julio de 2005, tenía cotizadas un total de 825 semanas, más de las 750 y/o 15 años de servicios allí requeridos para conservar el mencionado régimen transitivo al menos hasta el año 2014, advirtiéndose que la demandante durante su vida laboral ha efectuado cotizaciones al ISS, hoy COLPENSIONES desde el 03 de marzo de 1985, fecha que se consigna en los reportes de semanas cotizadas incorporados al expediente (Archivo “14RemisionHistoriaLaboralColpensiones.pdf”, expediente digital), por manera que, el régimen anterior aplicable a la situación pensional de la convocante es el contenido en el Decreto 758 de 1990, que en su artículo 12 exige la edad de 55 años para los mujeres y la acumulación de 500 semanas cotizadas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la misma o 1000 semanas en cualquier tiempo, y en ese orden en relación con el requisito de edad, encuentra la Sala que la demandante alcanzó los 55 años de edad el 21 de noviembre de 2005. (Página 30, archivo “01DemandaAnexos.pdf”, expediente digital).

Ahora bien, en lo que respecta al requisito de semanas, iterando que el acuerdo 049 de 1990 exige 500 semanas de cotización dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad o 1000 semanas en cualquier tiempo, se observa en la aludida historia laboral aportada por COLPENSIONES que incluyendo el tiempo aportada ante la AFP PROTECCIÓN, la actora acredita un total de 1.009 semanas de cotización hasta el 31 de julio del año 2009, de tal modo que, se configuró la prestación en los términos citado Acuerdo, en tanto y en cuanto se suplen los dos requisitos allí exigidos, en los últimos 20 años de cotizaciones (del 21 de noviembre de 1985 al de noviembre de 2005) contaba con 799.99 semanas, y para el año el mes de julio de 2009, cuando dejó de cotizar tenía más de 1.000 semanas, de esa forma el derecho pensional por vejez se configuró a partir del 21 de noviembre de 2005, pero con fecha de disfrute a partir del 01 de agosto de 2019, teniendo en cuenta que desde esa fecha cesaron sus cotizaciones, pues 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, cuando ya tenía reunidos los requisitos de edad y tiempo de servicios.

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.472361<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> “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 ameritan reflexiones igualmente particulares, y que deben ser advertidas por los jueces en el ejercicio de su labor de dispensar justicia.



En cuanto al monto de la prestación, se fijó en cuantía igual al salario mínimo legal mensual vigente para el año 2009 (\$496.900), y, como por expreso mandato legal y constitucional, no pueden haber pensiones inferiores al salario mínimo mensual legal vigente, de conformidad con el artículo 48 de la C.N. y el 35 de la ley 100 de 1993, en este aspecto se confirmará la sentencia de primera instancia en este puntual aspecto.

En cuanto a la cantidad de mesadas anuales a reconocer a la parte actora, se ha de indicar éstas deben corresponder a 14 mesadas al año al haberse causado en vigencia de la Ley 100 de 1993 en virtud de la cual se accedió a esa prerrogativa (art. 142), sin que tenga incidencia la limitante consagrada en el Acto Legislativo 01 de 2005, como quiera que se causó el 21 de noviembre del 2005, en cuantía de 1 SMMLV, confirmándose en este punto el fallo apelado y consultado.

En relación con la excepción de prescripción oportunamente propuesta por COLPENSIONES (*expediente digital, archivo 07ContestaColpensiones.pdf, página 20*), es de advertir, el derecho se hizo exigible el 1° de agosto del 2009 (día siguiente a la última cotización), elevando la demandante la respectiva reclamación administrativa para el reconocimiento de su derecho pensional el 20 de mayo del 2020 (Archivo “01DemandaAnexos.pdf, página 31), la cual se resolvió indicándosele que debía validar si cumplía con los requisitos por ley para pertenecer al régimen de transición y validar historia laboral actualizada con todos los periodos, mediante comunicación del 27 de mayo del 2020 (págs. 38 y 39, ibidem) por lo que el fenómeno prescriptivo quedó en suspenso hasta dicha fecha,

---

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, 1° 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)”.

acudiendo a la jurisdicción el 11 de marzo del 2021 (Acta Reparto, página 62, ibidem), es decir, más allá de los tres años previstos en el artículo 151 del C.P.L. y S.S., por lo que la prescripción cobró operatividad de manera parcial y en esa medida se extinguieron por tal fenómeno extintivo las mesadas causadas entre el 01 de agosto de 2009 y el 19 de mayo de 2017, como se dispuso en primera instancia prohiéndose tal decisión.

En este orden de ideas, procede la Sala a concretar el retroactivo adeudado por mesadas pensionales la actora con el salario mínimo de cada año, **del 20 de mayo del 2017 al 30 de abril del 2022** (fecha hasta la cual se liquidó en sentencia de primera instancia), obteniendo como suma adeudada **\$58.449.567,23**, suma superior a la calculara por el juez a quo, empero como este punto se estudia en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, habrá de mantenerse el valor allí calculado **(\$58.179.071)**, el cual se seguirá causando hasta la fecha de inclusión en nómina.

| CALCULO DEL RETROACTIVO DE MESADAS |            |         |                  |                  |
|------------------------------------|------------|---------|------------------|------------------|
| DESDE                              | HASTA      | MESADAS | MESADA CALCULADA | RETROACTIVO      |
| 20/05/2017                         | 31/12/2017 | 9,37    | \$ 737.717,00    | \$ 6.909.949,23  |
| 1/01/2018                          | 31/12/2018 | 14,00   | \$ 781.242,00    | \$ 10.937.388,00 |
| 1/01/2019                          | 31/12/2019 | 14,00   | \$ 828.116,00    | \$ 11.593.624,00 |
| 1/01/2020                          | 31/12/2020 | 14,00   | \$ 877.803,00    | \$ 12.289.242,00 |
| 1/01/2021                          | 31/12/2021 | 14,00   | \$ 908.526,00    | \$ 12.719.364,00 |
| 1/01/2022                          | 30/04/2022 | 4,00    | \$ 1.000.000,00  | \$ 4.000.000,00  |
| TOTAL RETROACTIVO DE LAS MESADAS   |            |         |                  | \$58.449.567,23  |

Asimismo, 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 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.

Finalmente, esta Sala prohiará la decisión de autorizar a COLPENSIONES a realizar las deducciones por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, respecto del retroactivo adeudado a la actora, 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"*, confirmándose en este punto el fallo apelado y consultado.

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 habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta y por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se modificará la decisión de primer grado de conformidad con las precisiones señaladas.

**SIN COSTAS** en esta instancia.

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

## **R E S U E L V E**

**PRIMERO: ADICIONAR** el ordinal **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, así como los valores utilizados en seguros previsionales

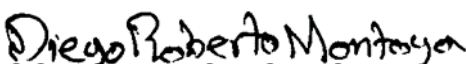
debidamente **indexados** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora, conforme lo considerado.

**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 4° 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 PAOLA ANDREA ORTEGA AVELLANEDA CONTRA CONSTRUCTORA BOLÍVAR S.A., ACRECER TEMPORAL S.A.S. y BETA SERVICIOS TEMPORALES S.A.S. (RAD. 12 2019 00392 02).**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado a las partes para alegar de conclusión, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, con fundamento en el artículo 13 numeral primero del artículo 13 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 la parte actora, contra la sentencia proferida por la Juez Catorce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 24 de noviembre de 2021 (Archivo: «016. Proceso ordinario 2019-392 - Audiencia CPT y SS-20211124\_163108-Grabación de la reunión.mp4», récord 56:48), en la que se resolvió:

**«PRIMERO: DECLARAR** que entre la demandada CONSTRUCTORA BOLÍVAR S.A. como empleadora y la señora PAOLA ANDREA ORTEGA AVELLANEDA como trabajadora, existieron dos contratos de trabajo a término indefinido, el primero desde el 25 de junio del año 2010 hasta el 21 de enero del año 2015 y, el segundo desde el 16 de abril del año 2015 hasta el 10 de agosto del año 2018, conforme lo expuesto.

**SEGUNDO: DECLARAR** que las empresas ACRECER TEMPORAL S.A.S. y BETA SERVICIOS TEMPORALES S.A.S., durante el desarrollo del primer contrato de trabajo referido en el ordinal anterior, actuaron como simple intermediarios, conforme lo expuesto.

**TERCERO: DECLARAR PROBADA** parcialmente la excepción de cosa juzgada, conforme lo expuesto.

**CUARTO: DECLARAR PROBADA** la excepción de prescripción, respecto de la indemnización por terminación unilateral de contrato de trabajo existente entre el 25 de junio del año 2010 hasta el 21 de enero del año 2015 y, **DECLARAR NO PROBADAS** las demás excepciones, conforme lo expuesto.

**QUINTO: ABSUÉLVASE** a las demandadas CONSTRUCTORA BOLIVAR S.A., BETA SERVICIOS TEMPORALES S.A.S., y ACRECER TEMPORAL S.A.S., de las demás pretensiones incoadas en la demanda por la señora PAOLA ANDREA ORTEGA AVELLANEDA, conforme lo expuesto.

**SEXTO: SIN CONDENA** en costas en esta instancia.

**SÉPTIMO: CONSÚLTESE** la presente decisión a la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, en caso de no ser apelada por la parte actora».

Inconforme con la decisión, la apoderada de la parte actora interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia, pues en su sentir, debió establecerse una única relación de trabajo entre el 25 de junio de 2010 y el 10 de agosto de 2018, pues si bien es cierto hubo una interrupción en el plazo entre el 22 de enero del 2015 y el 16 de abril de 2015, donde se produjo un pago que se denominó comisiones, pero en realidad lo que se le siguió pagando fue un salario que se había convenido con la trabajadora, a raíz de la abrupta terminación que hubo del contrato de trabajo ese día, debiéndose analizar que efectivamente esos pagos no fueron dos meses después con ocasión de la relación que ella había ejecutado, se le hicieron en su momento y se pagaron en la liquidación.

Además, indicó, dentro del acta de conciliación quedó textualmente indicado en que la trabajadora iba a ser contratada directamente por Constructora Bolívar, por tanto, debía analizarse que efectivamente ella estuvo a órdenes de la empresa, pese a no prestar el servicio como tal, pues el acta de conciliación estableció que se iba a firmar el contrato, como así sucedió.

De otra parte, señaló respecto a los bonos de mera liberalidad, que tal como lo determinó el Despacho, los devengó y, si bien es cierto fueron suscritos con la empresa Beta y la trabajadora, al declararse sin efectos esa acta de conciliación, no veía porque se hacían extensivos los efectos a la Constructora Bolívar.

Arguyó que la trabajadora sufrió desmejora, pues el otro sí que se le brindó a la trabajadora por parte de la Constructora Bolívar, donde se pasaba a los proyectos de venta como auxiliar de servicios, durante la ejecución del mismo, se le

disminuyó ostensiblemente el salario que ella devengaba, el básico más las comisiones, que se dejaron de generar, porque la pusieron a atender servicios telefónicos, llamadas, no en su función de vendedora de los tiempos compartidos del ZUANA, desmejorándole su condición de trabajo. Advirtiendo, hay un derecho de petición dentro del expediente donde efectivamente la señora Paulina Alarcón, le dice que le va a reconocer la comisión por \$4.000.000, no por 6 o 7 según había pasado la solicitud, que era lo que ganaba promediando el año 2016 a 2017. De este modo, agregó, que al momento de la terminación del contrato no recibió la liquidación acorde con los salarios y valores devengados y además la Constructora Bolívar obró de mala fe, porque efectivamente en el periodo de la licencia de maternidad no reportó ante las entidades de seguridad social los valores realmente devengados a ese momento por la trabajadora.

Adicionalmente, indicó si bien dentro de la demanda no abordó el tema de la nulidad del acta de conciliación por los vicios del consentimiento, porque no los hubo como tal, por el contrario, existió objeto ilícito en la conciliación por vulneración de la Ley 50 del 90 tras haberla contratado superando los periodos permitidos, lo cual conllevó a que suscribiera el acta de conciliación; además, le estuvieron pagando los 2 meses que estuvo por fuera y le firmaron el nuevo contrato. Todo lo cual, socavó los derechos de la trabajadora.

En ese sentido, solicitó se revoque la decisión de primera instancia para que en su lugar se proceda a las condenas principales solicitadas dentro de la demanda<sup>1</sup> (récord 58:34, ibidem).

---

<sup>1</sup> Gracias su señoría, la parte demandante interpone y sustenta el recurso de apelación para que se revoque la sentencia proferida por el despacho, en consideración que para la parte actora si hubo un contrato de trabajo ejecutado entre el 25 de junio de 2010 y el 10 de agosto de 2018, en que lo hace consistir la parte demandante en que efectivamente, si bien es cierto hubo una interrupción en el plazo entre el 22 de enero del 2015 y el 16 de abril de 2015, lo cierto es que durante ese tiempo hubo pago de lo que se denominó comisiones, pero en realidad lo que ocurrió le siguió pagando un salario que se había convenido con la trabajadora, a raíz de la abrupta terminación que hubo del contrato de trabajo ese día, el que se estaba ejecutando a través de la empresa BETA SERVICIOS TEMPORALES. Hay que tener en cuenta señor juez la recomendación 198 donde se habla de los indicios para determinar la verdadera relación laboral, y hay que analizar que efectivamente esos pagos no fueron dos meses después con ocasión de la relación que ella había ejecutado, porque los pagos se le hicieron en su momento y se pagaron en la liquidación, esos pagos se le hicieron a la trabajadora y así hay que mirarlo, porque fue lo que sucedió con ocasión de la conciliación que le estaban presentando a la trabajadora.

Dentro del acta de conciliación se analiza y quedo textualmente indicado en el acta de conciliación que la trabajadora va a ser contratada directamente por CONSTRUCTORA BOLIVAR, lo que hay que analizar en contexto para determinar que efectivamente ella si estuvo a ordenes de la empresa, pero no se prestó el servicio como tal. Entonces, hay que analizar uno el pago y dos la disposición de la trabajadora durante ese tiempo. El acta de conciliación establece que se va a firmar el contrato y en efecto se firmó el contrato como así sucedió.

Es importante analizar también respecto de los bonos de mera liberalidad, que la trabajadora como en efecto el despacho lo dijo, los devengó, que esos bonos de mera liberalidad, si bien es cierto fueron suscritos entre la empresa BETA y la trabajadora al declararse sin efectos esa acta de conciliación, no veo porque se hicieron extensivos los derechos a la CONSTRUCTORA BOLIVAR, siendo que no debieron aplicársele esa cláusula entre BETA y la trabajadora, para hacérselos extensivos a CONSTRUCTORA BOLIVAR.

Otro punto, que hay que analizar dentro del recurso, es el hecho que la trabajadora sufrió la desmejora. El despacho analizó el otro sí, lo cierto es que ese otro sí que se le brindó a la trabajadora por parte de la CONSTRUCTORA BOLIVAR, se pasaba a los proyectos de venta, la trabajadora duro un mes ejecutando ese contrato y no firmó el otro sí, terminó firmando otro sí como auxiliar de servicios.

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, señora PAOLA ANDREA ORTEGA AVELLANEDA, las pretensiones contenidas en la demanda de páginas 11 a 15, las cuales encontraron soporte en los fundamentos fácticos del escrito introductor de folios 1 a 10 («001- C1 PROCESO 2019-392 Folio 1 a 517.pdf»), encaminadas principalmente a que, en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, se declarara la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la CONSTRUCTORA BOLÍVAR S.A. entre el 25 de Junio de 2010 y el 10 de agosto de 2018; que a partir del 1° de octubre de 2017 fue desmejorada salarialmente; que los bonos de mera liberalidad percibidos son factor salarial. En consecuencia, se condenara a CONSTRUCTORA BOLÍVAR S.A. a reliquidar y pagar a su favor reliquidación de dominicales, festivos y compensatorios, las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, aportes en seguridad social en salud y pensiones, causados durante la vigencia de la relación laboral, junto con las sanciones por no consignación de las cesantías y no pago de intereses a las mismas, la**

---

*Durante la ejecución de ese contrato de auxiliar de servicios, ostensiblemente se le bajo el salario que ella devengaba, que era básico más comisiones, porque le dejaron de generar comisiones, porque la pusieron a atender servicios telefónicos, llamadas, no la pusieron a generar comisiones que era lo que ella hacía, en su función de vendedora de los tiempos compartidos del SUANA, desmejorándole su condición de trabajo, hay un derecho de petición dentro del expediente donde efectivamente la señora Paulina Alarcón, quien creo que es la que suscribe el documento le dice que le va a reconocer la comisión por \$4.000.000, y no por 6 o 7 que ella había pasado la solicitud, que era lo que ganaba promediando el año 2016 a 2017, creo que de noviembre a noviembre.*

*Es importante también analizar que al momento de la terminación del contrato la señora PAOLA no recibió la liquidación acorde con los salarios y valores que ella devengó, porque no se le tuvieron en cuenta que devengó la licencia de maternidad, y adicional la comisión de los \$4.000.000 que estoy indicando al despacho, ya para que los señores magistrados lo tengan en cuenta.*

*CONSTRUCTORA BOLIVAR obró de mala fe, porque efectivamente el periodo de la licencia de maternidad no reporto ante las entidades de seguridad social los valores que realmente estaban devengando la trabajadora para esos momentos.*

*Adicionalmente dentro de la demanda no se tocaba el tema de la nulidad del acta de conciliación por los vicios del consentimiento, porque no hubo vicios del consentimiento como tal, en ningún momento se dijo que la señora había actuado con error, fuerza o dolo, sino que por el contrario lo que hay que mirar es el objeto como tal, para la parte demandante hay objeto ilícito en la conciliación, porque se vulnera la ley 50 del 90, cuando las partes dicen que pese a que hubo sucesivos contratos de prestación de servicios, de contratos como trabajador en misión, eso nunca generó que efectivamente se hubiese dado una relación laboral propia de un contrato de trabajo, en ese momento se vulnera la ley 50 del 90, porque así como el señor juez lo estableció no se les permitía, no se les permite todavía a las empresas temporales contratar personal, uno para ejecutar la labor más de 6 meses por otro periodo igual, lo que sobrepasa la señora PAOLA, y dos propios del objeto social de la empresa, dentro del proceso obra documental donde se indica que el objeto social de CONSTRUCTORA BOLIVAR es la comercialización, construcción, y venta de proyectos tanto turísticos como inmobiliarios, es decir, la empresa sabía que vulneraba completamente la ley 50 del 90, conllevaron a que la señora suscribiera el acta de conciliación, le estuvieron pagados los 2 meses que la tuvieron por fuera y le firmaron el nuevo contrato. Todo eso socavo los derechos de la trabajadora que ya tenía.*

*En ese sentido señor juez y a los honorables magistrados le pido que se revoque la decisión tomada en primera instancia para que en su lugar proceder a las condenas principales que había solicitado dentro de la demanda. Muchísimas gracias señor juez ”*



indemnización moratoria. **Subsidiariamente**, la existencia de dos contratos de trabajo, el primero, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas entre el 25 de junio de 2010 y el 21 de enero de 2015, la cual terminó sin justa causa, que ACRECER TEMPORAL LTDA hoy S.A.S. y BETA SERVICIOS TEMPORALES fueron intermediarios en lo relación laboral y son solidariamente responsable; y el segundo entre el 15 de abril de 2015 y el 10 de agosto de 2018, en consecuencia, se reliquiden a su favor las prestaciones sociales, dominicales, festivos, vacaciones, indemnizaciones por no pago completo y oportuno de Cesantías e intereses de Cesantías, aportes en seguridad social en salud y pensiones, reajuste de la indemnización por despido injusto, junto con las sanciones por no consignación de las cesantías y no pago de intereses a las mismas y la indemnización moratoria. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable** a sus aspiraciones, por cuanto, pese a que se declaró la existencia de dos contratos de trabajo entre la actora y CONSTRUCTORA BOLÍVAR S.A., se absolvió a esta última de las pretensiones incoadas en su contra, declarando que las empresas ACRECER TEMPORAL S.A.S. y BETA SERVICIOS TEMPORALES S.A.S., durante el desarrollo del primer contrato de trabajo actuaron como simples intermediarias, declarando parcialmente probada la excepción de cosa juzgada y probada la excepción de prescripción respecto de la indemnización por terminación unilateral del primer contrato de trabajo. Para arribar a tal conclusión, estimó el juez de primer grado, que en la contratación con las empresas de servicios temporales demandadas la demandante cumplió las mismas funciones del año 2010 al año 2015 eran permanentes y no temporales en favor de la Constructora Bolívar, concluyendo que ésta última fue la verdadera empleadora y las EST eran simples intermediarias durante ese período.

Aunque se pretendía la declaratoria de un sólo vínculo laboral entre el 25 de junio de 2010 y el 10 de agosto de 2018, no encontró acreditado el mismo, por cuanto en este proceso quedó claro que desde el 22 de enero del año 2015 al 15 de abril del año 2015 la demandante no prestó servicio alguno ni a las temporales ni a la Constructora Bolívar, precisando, los pagos efectuados en los meses de febrero y marzo de 2015 por parte de Beta Servicios Temporales no subsanan la prueba de la prestación del servicio, porque de los desprendibles de nómina era fácil concluir que se trataba de dineros debidos a la trabajadora por servicios prestados

hasta el 21 de enero del año 2015 y que fueron pagados con posterioridad, aunado a que la actora en el interrogatorio rendido aceptó que durante ese período no prestó el servicio y también aparecía confesado en el escrito de demanda. En esa medida determinó la existencia de dos contratos de trabajo a término indefinido de la demandante con Constructora Bolívar desde el 25 de junio del año 2010 hasta el 21 de enero del año 2015 y del 16 de abril de 2015 hasta el 10 de agosto de 2018 sobre el cual no había discusión.

Frente al primero de los contratos, concluyó que entre los meses de julio de 2013 y enero de 2015 se probó que la demandante devengó además del salario sumas por concepto de festivos horas extras comisiones y bonos por mera liberalidad a través de los contratos suscritos con Beta Servicios Temporales; sin embargo, estimó que en el acta de conciliación suscrita el 10 de abril del año 2015 se zanjó cualquier controversia relacionada con las diferencias salariales especialmente con el bono de mera liberalidad, la cual surtió plenos efectos frente a Constructora Bolívar S.A., dado que allí las partes manifestaron su voluntad para poner fin a cualquier controversia relacionada con reliquidaciones por factores salariales, dejándose a paz y salvo a la Constructora Bolívar, dado que en dicho pacto quedó incluida cualquier controversia que pudiera derivarse de la existencia del bono por mera liberalidad, que por regla general constituían derechos inciertos y discutibles del trabajador y por tanto podrían ser objeto de acuerdo conciliatorio como en efecto quedó consignado en el acta, precisando, no había ninguna pretensión en contra de dicho acuerdo conciliatorio que permitiera inferir la existencia de algún vicio, además no se observaba la existencia de un vicio del consentimiento objeto y objeto ilícito causa ilícita o violación de derechos ciertos e indiscutibles del trabajador, por tanto tenía eficacia jurídica con los efectos de cosa juzgada parcial frente al tema de la reliquidación por factores salariales por los años 2013 a 2015.

Advirtió, si bien la actora tenía derecho a la indemnización por despido sin justa causa respecto del contrato celebrado hasta el 21 de enero de 2015, la misma se encontraba prescrita por cuanto en las reclamaciones elevadas ante Constructora Bolívar S.A. 9 y 19 de enero del año 2018 esta pretensión no se incluyó y como la demanda se radicó el 11 de junio de 2019, operó el fenómeno prescriptivo.

Frente a las pretensiones subsidiarias del segundo contrato de trabajo, del 16 de abril de 2015 al 10 agosto del año 2018, específicamente a la desmejora de

las condiciones laborales por cuenta de otrosí al contrato de trabajo, señaló no se configuró tal circunstancia, dado que allí se pactó un salario mínimo legal y la posibilidad de vengar comisiones conforme a la escala establecida por Constructora Bolívar, pero el cambio de cargo, tuvo su origen con ocasión al cierre de la Sala de Ventas de la División de Turismo donde desempeñaba el cargo la demandante, tal como lo confirmó la actora, con lo cual la empleadora estaba en la facultad de modificar las condiciones, en uso del *ius variandi*, sin que la haya desmejorado, pues en ese cargo también causó comisiones.

Establecido lo anterior se abordará el estudio del recurso de apelación interpuestos por las partes, 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 appellatum*).

Es objeto de controversia en esta instancia, los vínculos suscitados entre la parte actora y la accionada CONSTRUCTORA BOLÍVAR S.A., en los periodos comprendidos entre el 25 de junio del año 2010 y el 21 de enero del año 2015 y, desde el 16 de abril del año 2015 hasta el 10 de agosto del año 2018, situación que fue en esos términos establecida por el juez de primer grado, sin que frente a la solidaridad y el carácter de simples intermediarias de las demandadas ACRECER TEMPORAL S.A.S. y BETA SERVICIOS TEMPORALES S.A.S. del primero contrato, se haya formulado objeción o reparo alguno en la alzada.

Así pues, la apelación de la parte actora, si bien no es un modelo a seguir, se puede concretar en tres aspectos: de una parte que no se haya declarado la unidad contractual o la existencia de un único contrato de trabajo, teniendo en cuenta incluso el periodo comprendido entre el 22 de enero de 2015 y el 15 de abril de 2015 que fue descartado por la juez *a quo* por no encontrar acreditada la prestación personal del servicio en dicho interregno; y de otra, que se haya dado efectos de cosa juzgada a la reliquidación salarial por concepto de bonos de mera liberalidad, así como la reliquidación por una desmejora salarial por cambios en el cargo desempeñado.

Después de las consideraciones anteriores, en lo que atañe a los extremos laborales, desde ya advierte la Sala la imposibilidad de declarar la existencia de un único contrato como lo pretende el recurrente, pues lo que emana de las pruebas acopiadas en el expediente es que la prestación del servicio fue de manera interrumpida, como pasa a explicarse.

El primero de los contratos declarados en primera instancia culminó, 21 de enero de 2015, aspecto que incluso no se discute por la recurrente, en tanto y en cuanto admite, que en efecto no se prestó el servicio, pero que estuvo a las órdenes de la empresa por cuanto la iban vincular directamente, según se determinó en el acta de conciliación. Sobre el particular, es preciso señalar, lo que causa en principio el salario y demás acreencias, es la prestación efectiva del servicio en favor del empleador, salvo que, esto no ocurra por disposición o culpa de este último (Art. 40 CST), o eventualmente se demuestre la disponibilidad permanente a las órdenes del empleador, pues como bien lo ha enseñado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las relaciones de trabajo subordinadas pueden estructurarse bajo modalidades que no encajan en el esquema tradicional; pueden surgir de instrucciones, fijación de horarios y supervisión o control de la labor, en el marco de la inserción o disponibilidad del trabajador en la organización de la empresa, *«a tal punto que se limite su autonomía y autodeterminación de su tiempo de trabajo debido a los controles y seguimientos del empleador»* (CSJ SL3695-2021).

Tales situaciones no se presentaron en el caso de marras, todo lo contrario, desde el libelo inicial, interrogatorio de parte absuelto por la actora, e igualmente lo manifestado en la audiencia de conciliación celebrada el 10 de abril de 2015 ante el Ministerio del Trabajo (pág. 125), se admitió la no prestación del servicio, en ese sentido, confesado por la accionante como se tiene y al no existir medio probatorio alguno que permita verificar que el empleador siempre mantuvo sobre la actora su poder de subordinación y dependencia, aun cuando no se haya prestado el servicio en el tiempo que se echa de menos, pues incluso de la lectura del acta de la mencionada conciliación, en su intervención la demandante dejó constancia que **«el día 21 de enero de 2015 finalizó su vinculación laboral actual con BETA SERVICIOS TEMPORALES S.A.S. y se vinculará como trabajador de planta de CONSTRUCTORA BOLIVAR S.A. a partir del 15 de abril**

**de 2015**», de modo que no puede suponerse que por el hecho de mencionar que iba a vincularse a esa sociedad, ya se encontraba a disposición o a las órdenes de la misma. Aunado a lo anterior, los pagos percibidos entre los meses de febrero y marzo, efectivamente corresponden a comisiones y bono de mera liberalidad que en nada demuestran la prestación personal del servicio, pues es claro que se trata de conceptos causados con anterioridad; y es bajo ese entendido, debe proceder la Sala a confirmar lo decidido por el juez a quo en este puntual aspecto.

Ahora bien, en lo que respecta a la validez de dicha acta de conciliación, se precisa inicialmente, no fue objeto de solicitud en el libelo inicial, empero el juez a quo en uso de las facultades ultra y extra petita estudio su validez, por lo que desde ese prisma se vislumbra que la parte recurrente tampoco en momento alguno discutió que se hayan presentados vicios en el consentimiento para su suscripción, salvo en la alzada donde aduce hubo objeto ilícito en su celebración, no obstante, tales argumentos no tienen vocación de prosperar pues verificada el acta de conciliación celebrada ante autoridad competente como lo es el Ministerio del Trabajo (págs. 125 a 128), en la cual se puso fin a cualquier discusión sobre **«todo tipo de reclamaciones sobre la naturaleza no salarial de beneficios, bonos, primas extralegales, auxilios extralegales, bonos spiff, viáticos y su incidencia salarial, entre otros»**, conciliándose la controversia en la suma única de \$1.000.000, conceptos que en ningún momento constituye un objeto ilícito ni acarrea la nulidad de dicho acuerdo, pues la incidencia salarial de los bonos de mera liberalidad constituía para ese momento un derecho incierto sobre el cual no existía certeza, por tanto, discutible y controvertible, hasta tanto el Juez Laboral definiese a quién le asistía razón a través de la respectiva sentencia, por tanto, para el momento en que se celebra la conciliación estaban en discusión y no tenían el carácter de derechos ciertos e indiscutibles, por ende, ese puntualísimo aspecto podía ser objeto de conciliación.

Ahora bien, respecto a que sus efectos se hayan hecho extensivos a Constructora Bolívar S.A., tampoco puede salir adelante, como quiera que, verificada la mencionada acta conciliatoria, la demandada Constructora se hizo parte de la misma a través de apoderada especial, por tanto, se configuró igualmente la cosa juzgada frente a esa sociedad al conjugarse la identidad de objeto, de causa y de partes respecto de lo allí conciliado, esto es, el bono por mera liberalidad como

factor salarial, por tanto sus efectos son vinculantes de cara la Constructora Bolívar como verdadero empleador de la actora, pues concilió la mencionada suma con la actora para zanjar cualquier diferencia al respecto. Así se confirma lo concluido por el juez a quo en este aparte de la sentencia impugnada.

Con relación a la presunta desmejora salarial en el segundo contrato celebrado, en el presente asunto, en el contrato de trabajo suscrito entre las partes el 16 de abril de 2015 (pág. 129), las partes pactaron el cargo, área de trabajo y remuneración, así:

|    |                     |                                                                                                                                                                                                                                |
|----|---------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 6. | CARGO:              | ASESOR FRONT TO BACK                                                                                                                                                                                                           |
| 7. | AREA:               | DIVISIÓN TURISMO                                                                                                                                                                                                               |
| 8. | HORARIO DE TRABAJO: | De conformidad con los términos de la cláusula tercera del presente contrato.                                                                                                                                                  |
| 9. | SALARIO:            | \$644.350.00                                                                                                                                                                                                                   |
|    | COMISIÓN:           | Por cumplimiento de metas en cada uno de los ítems estipulados en la tabla adjunta al presente contrato, la cual podrá ser modificada en cualquier tiempo por el empleador y así expresamente lo acepta el(la) funcionario(a). |

Posteriormente, 18 de octubre de 2017, pactaron otro sí al contrato con el fin de modificar el cargo de la trabajadora y el sitio de prestación del servicio:

**PRIMERA: CARGO.** Las partes acuerdan que a partir del día PRIMERO (1) DE OCTUBRE DE DOS MIL DIECISIETE (2017), **LA TRABAJADORA** dejará de desempeñar el cargo de ASESOR FRONT TO BACK y pasará a desarrollar las funciones propias del cargo de PROMOTOR DE VENTAS, por lo tanto, se obliga para con **EL EMPLEADOR** a incorporar a su servicio toda su capacidad normal de trabajo en cumplimiento de esta obligación.

**PARÁGRAFO PRIMERO.** Adicionalmente, **LA TRABAJADORA** se obliga a no prestar directa ni indirectamente servicios laborales a otros empleadores, ni a trabajar por cuenta propia en el mismo oficio, a no atender en horas de trabajo asuntos y ocupaciones distintas a las que **EL EMPLEADOR** le encomiende sin la previa autorización de éste, así como abstenerse de realizar fuera de la empresa labores que afecten su salud y ocasionen desgastes de su organismo de forma tal que impidan una adecuada prestación del servicio convenido.

**PARÁGRAFO SEGUNDO.** No obstante lo anterior, **EL EMPLEADOR** podrá asignarle cualquier otro cargo a **LA TRABAJADORA**, siempre que no implique desmejora en el salario, obligándose a aceptar tal asignación, así como las funciones que correspondan a la misma.

**SEGUNDA: REUBICACIÓN.** A partir del día PRIMERO (1) DE OCTUBRE DE DOS MIL DIECISIETE (2017), **LA TRABAJADORA** prestará sus servicios en la SALA DE VENTAS DEL PROYECTO VERAMONTE en la ciudad de Bogotá D.C., proyecto ejecutado por **EL EMPLEADOR**.

**TERCERA.** La presente modificación obedece al principio de bilateralidad contractual y es resultado de la libre voluntad de las partes contractuales, de tal manera que **LA TRABAJADORA** expresa su absoluta conformidad con el presente acuerdo y manifiesta que el mismo no constituye modificación unilateral de sus condiciones de trabajo por parte de **CONSTRUCTORA BOLIVAR S.A.**

De igual manera, **LA TRABAJADORA** manifiesta que con la modificación antes señalada no se desmejoran sus condiciones laborales ni desconocimiento de las garantías laborales consagradas en el artículo 13 del Código Sustantivo de Trabajo.

**CUARTA.** Los demás aspectos de la relación laboral entre **EL EMPLEADOR** y **LA TRABAJADORA**, se manejarán de acuerdo con las condiciones pactadas en el contrato de trabajo suscrito entre las partes el día dieciséis (16) de abril de dos mil quince (2015).

En tal sentido, se evidenció un cambio en cuanto al cargo desempeñado, precisándose, que el mismo, se enmarca en el *ius variandi* o la facultad que tiene el empleador de alterar unilateralmente las condiciones del contrato de trabajo, cambio que en el caso de autos, se dio por virtud de una situación objetiva como la eliminación del área o división de turismo, aspecto que valga aclarar, no es objeto de discusión, pues así incluso, lo admitió la actora al absolver interrogatorio de parte y en todo caso, el cambio se hizo de forma consensuada a través de la suscripción del otro sí, precisándose, no se evidencia desmejora alguna pues la actora continuó percibiendo además del salario básico, el concepto de comisiones, pues así se verifica en los desprendibles de nómina vistos de páginas 194 a 220, ello en modo alguno puede considerarse como una desmejora salarial, a pesar que en el cargo anterior eran superiores, en tanto que, aquel había desaparecido y en aras de garantizar los derechos mínimos de la trabajadora que según se deduce de la historia clínica, incapacidad, certificado de nacido vivo y registro civil de nacimiento vistos de páginas 531 a 555, para esa época contaba con estabilidad laboral reforzada al estar en estado de embarazo, posteriormente en licencia de maternidad, por lo que tal cambio, reubicar a la trabajadora en otro cargo y área de la empresa, donde se le garantizó lo pactado inicialmente, esto es, el salario mínimo más un componente de comisiones, lo cual se itera, no comporta una desmejora salarial como lo plantea la recurrente y por tanto, lo decidido por el a quo en tal sentido debe confirmarse al arribar a similares conclusiones.

Dilucidado lo anterior, no resulta procedente la reliquidación perseguida por la parte convocante del litigio, en tanto no se encontró desmejora salarial alguna a

efectos de re calcular el monto de las prestaciones e indemnización recibidas en virtud de esa segunda la relación laboral con Constructora Bolívar.

Así las cosas, agotada como se encuentra esta instancia por el estudio de los motivos objeto de apelación, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia de primer grado.

**Sin COSTAS** en esta instancia.

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

### **RESUELVE**

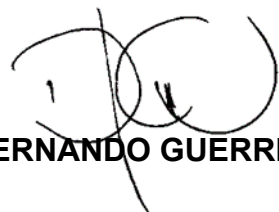
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primer grado, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO: Sin COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

  
**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

  
**ELBIA 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 JEYMMY RODRÍGUEZ BOBADILLA CONTRA SALUD TOTAL EPS-S S.A. (RAD 17 2018 00297 01).**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado a las partes para alegar de conclusión, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, con fundamento en el artículo 13 numeral primero del artículo 13 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 de los recursos de apelación presentados por el apoderado de la parte demandante y el apoderado de la demandada, contra la sentencia proferida por el Juez Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 15 de febrero de 2022 (Exp. Digital: «AUD. VIRTUAL 297-2018 JEYMMY RODRÍGUEZ BOBADILLA VS SALUD TOTAL EPS S.A.-20220215\_160238-Grabación de la reunión.mp4», récord 45:06), en la que se resolvió:

**«PRIMERO: DECLARAR** que entre la señora Jeymmy Rodríguez Bobadilla como trabajadora y la demandada SALUD TOTAL, entidad promotora de salud del Régimen Contributivo y del Régimen Subsidiado S.A. EPS-S como empleadora, existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 1° de septiembre de 2006 y el 18 de enero de 2016 y que terminó por decisión unilateral e injusta de la empleadora.

*En este punto debo aclarar que, por un error en el momento de la revisión de la guía de la audiencia, estoy consignado esto, aclaró que el contrato terminó por decisión de la trabajadora.*

**SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones de cobro de lo no debido, pago, y declarar probada parcialmente la prescripción en relación con las acreencias sociales causadas antes del 01 de junio de 2015.

**TERCERO: DECLARAR NO PRÓSPERA** la tacha de sospecha propuesta a la testigo Julia del Carmen Barreneche García, según las razones anotadas en precedencia.

**CUARTO: DECLARAR** que la cláusula adicional al contrato de trabajo suscrita por los contratantes y mediante la cual se desalarizó (SIC) el incremento salarial es ineficaz, y por tanto el denominado aporte voluntario tiene carácter salarial y debió ser tenido como factor salarial para la liquidación de acreencias sociales a favor de la demandante y en el ingreso base de cotización de aportes a pensión.

**QUINTO: CONDENAR** a la demandada Salud Total EPS-S S.A. a reliquidar a la demandante el auxilio de cesantía, sus intereses, primas de servicios y vacaciones incluyendo en la base salarial el denominado aporte voluntario y, en consecuencia, se condena al pago de:

- a) \$311.427 por reliquidación de acreencias sociales, suma que deberá ser indexada al momento del pago desde el momento de la causación o desde el momento de la terminación del contrato y hasta el momento en que se efectúe el pago.
- b) el reajuste del ingreso base de cotización de los aportes a pensión causados entre el 01 de junio de 2015 y el 18 de enero de 2016, teniendo en cuenta un salario promedio de \$802.100 y conforme al cálculo actuarial que expida el fondo administrador de pensiones al que se encuentre vinculada la demandante.

**SEXTO: ABSOLVER** a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra, según las razones expuestas en precedencia.

**SÉPTIMO: CONDENAR** en costas procesales a la demandada y a favor de la demandante en proporción del 80%, en firme esta sentencia, por Secretaría practíquese la liquidación incluyendo agencias en derecho a su cargo por valor de 1.200.000 moneda corriente”.

Contra la decisión de primera instancia las partes presentaron recurso de apelación exponiendo los siguientes argumentos:

La parte demandante presentó inconformidad respecto de la sanción moratoria consignada en el artículo 65 del CST, así como la descrita en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación de las cesantías. Para sustentar lo anterior, anotó que no obstante el análisis juicioso realizado frente al aspecto de la demandada para determinar los aspectos salariales y no salariales, la remuneración de la demandante, se resaltaban aspectos tales como la presión indebida que ha realizado la demandada frente a la demandante, circunstancias que están demostradas dentro del interrogatorio de parte y testimonio rendido

dentro del proceso, estableciéndose que la demandada ha obrado de mala fe, al circunscribir o al pretender desalarizar las sumas que válidamente, en principio, habían sido acordadas como un aspecto salarial y de ahí la mala fe de la demandada en pretender restarle el valor debido a esos aspectos salariales, que si bien es cierto no eran representativos en el caso de la demandante, y eran unas sumas que no retribuían de una manera grande o considerable, la demandada obró de manera errónea en la aplicación normativa.

Igualmente mencionó, cuando se plantea el beneficio frente al presunto aporte voluntario de pensiones, se resalta de manera clara el incumplimiento que ha realizado frente al presunto compromiso, con lo cual denotó una intención maliciosa de eludir su responsabilidad legal frente a estos pagos, que eran factor salarial, determinado con ello la mala fe de la demandada, más aún, nos e trata de una pequeña empresa, de la cual se considera un equívoco o una acción ligera frente al aspecto de los pagos o remuneraciones, sino, se trata de una EPS grande, con una cantidad de trabajadores, que superan los 8.000, de modo que multiplicados los trabajadores, corresponden a unas sumas bastante representativas, de ahí que, no es posible ser premiados por la justicia, frente a una omisión voluntaria, donde la empresa recaudo bastantes sumas ilegalmente descontadas a los trabajadores y por virtud de ello la demandada sabía las consecuencias jurídicas que ello acarrearía, esto es, exponerse a la aplicación de las sanciones del artículo 65.

Solicitó, se tenga en cuenta la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, frente a la aplicación de la sanción moratoria frente a estos mismos aspectos, pues se tiene claro que el accionar de la demandada era totalmente malintencionado.

En lo atinente a la sanción de que trata el artículo 99 de la ley 50 de 1990, solicitó se tengan en cuenta las reiteradas pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, que han establecido precisamente la diferenciación de la aplicación de las dos sanciones, pues si bien es cierto, de manera material tanto la una como la otra establecen un día de salario por cada día de omisión por parte del empleador, la aplicación del artículo 99 de la ley 50 se da frente a la omisión del pago de las cesantías frente a la vigencia contractual, y que por su parte una vez culminada la relación o el vínculo laboral se da aplicación a la

sanción del artículo 65, pues tal como lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, durante la vigencia del vínculo se debe aplicar el artículo 99 hasta la terminación del contrario, en adelante se consagra la aplicación del artículo 65. En ese sentido, consideró, si bien es cierto la demandada cumplió con el pago parcial de la cesantía, las sumas que consideraba a deber, lo cierto era que esa obligación no lo cumplió a cabalidad como lo dispone la norma, circunstancia por la cual, se debía considerar la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, frente al incumplimiento en las anualidades; advirtiéndolo, compartía con el despacho, la aplicación de los efectos prescriptivos, pero dentro de los lapsos que si se encuentran válidamente para el estudio del análisis jurídico, debe ser aplicada la sanción del artículo 99 de la Ley 50 y una vez culminado hasta la sanción total, se debe aplicar la sanción de que trata el artículo 65<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> «AUD. VIRTUAL 297-2018 JEYMMY RODRÍGUEZ BOBADILLA VS SALUD TOTAL EPS S.A.-20220215\_160238-Grabación de la reunión», minuto 48:24. Muchas gracias señor juez, teniendo en cuenta la sentencia proferida en esta oportunidad por parte del despacho, me permito manifestar al despacho que interpongo recurso de apelación para que de manera parcial sea revocada ante el Tribunal Superior de Bogotá, concretamente en los aspectos que no han sido favorables, artículo 65 de indemnización moratoria, artículo 99 ley 50 del 90 frente a la sanción o la aplicación de la sanción por la no consignación de las cesantías. Y los fundamentos con los cuales presento la apelación se concretan específicamente que por virtud del despacho si bien es cierto, que dentro del análisis juicioso que ha realizado frente al aspecto de la demandada para determinar los aspectos salariales y no salariales, la remuneración de la demandante, hemos resaltado o ha resaltado el mismo despacho, aspectos tales como la presión indebida que ha realizado la demandada frente a los trabajadores, en el caso particular la demandante, circunstancias que se están demostradas dentro del interrogatorio de parte y testimonio rendido dentro del proceso, se establece que la demandada ha obrado de mala fe al circunscribir o al pretender desalarizar las sumas que válidamente y como lo ha resaltado el despacho en principio habían sido acordadas como un aspecto salarial.

Y es en virtud de ello como en algunas oportunidades lo ha resaltado la parte demandada, que la estructura que la reacción que se realizaba frente al pacto colectivo, en cuanto se realizaba la denominación de los incrementos como vía beneficios que naturalmente como lo ha aclarado el despacho, tales beneficios no contenía la connotación salarial, pues es un aspecto también que adicionalmente a la presión consideran la actitud maléfica, la mala fe de la demandada en pretender restarle el valor debido a esos aspectos salariales, que si bien es cierto no eran representativos en el caso de la aquí demandante, y eran unas sumas que no retribuían de una manera grande o considerable, pues si por virtud del despacho se ha tenido la consideración que en efecto la demandada obró de manera errónea en la aplicación normativa.

Que igualmente, cuando se plantea el beneficio frente al presunto, al presunto aporte voluntario de pensiones, el despacho igualmente resalta de manera clara el incumplimiento que ha realizado frente al presunto compromiso, y que dan a entender como igualmente lo ha considerado y lo ha resuelto el despacho, que estos aspectos con los cuales desarrollo la remuneración de la demandante, no obedecían a un rigorismo legal, sino que por su parte tenían una intención maliciosa de eludir su responsabilidad legal frente a estos pagos, que debían y tenían que ser como factor salarial. Entonces este aspecto que resalto, que es el mismo despacho que ha considerado para optar por la determinación condenatoria de las sumas no salariales, son óbice suficiente para determinar la mala fe de la demandada, y quiero traer a colación nuevamente el aspecto que yo resaltaba frente a los alegatos de conclusión que no nos encontramos frente a una empresa pequeña, que pueda considerar un equívoco o una acción ligera frente al aspecto de los pagos o remuneraciones, sino que nos encontramos en desarrollo de una de las EPS o creo que es la más grande, con una cantidad de trabajadores, que superan los 8.000, que si nosotros miramos y este análisis lo hace juiciosamente la demandada si nosotros omitimos un deber legal frente a un trabajador, por algún peso, por aspectos pequeños lo multiplicamos por la totalidad de los trabajadores, esto es unas sumas bastante representativas, que finalmente toda la intención la tenía la demandada con sus abogados y con sus asesores jurídicos, y no por ello, podemos considerar válidamente que no había una mala intención o que este aspecto podía pasar por alto, para ser premiados por la justicia, frente a una omisión voluntaria y que si válidamente y quiero plantearla frente al Tribunal Superior de Bogotá, la empresa se llenó de mucho dinero, recaudó bastantes sumas ilegalmente descontadas a los trabajadores, que por virtud de ello la demandada sabía las consecuencias jurídicas que ello acarrearía, y esto es la exposición a la aplicación de las sanciones del artículo 65.

Entonces si la demandada, y solicito a la sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá, si la empresa demandada asumió el riesgo voluntaria y conscientemente de poder ser demandada y poder ser sancionada, no tiene por qué ser premiada en estas instancia judicial, cuando evidentemente encontramos y evidenciamos que la empresa actuó de una mala fe, y esta aplicación entonces solicito frente al Tribunal Superior de Bogotá, sea aplicada concretamente a la aquí demandante, partiendo del principio que no se establece, no se vislumbra ninguna actitud que reste la mala fe o la actitud maliciosa o malintencionada de la demandada para la liquidación errónea de la demandante. Entonces por esto, por estos aspectos solicito conforme igual jurisprudencia que hemos tenido ya de la Corte Suprema de Justicia, en muchas de las salas, creería que, en la mayoría, frente a la aplicación de la sanción moratoria frente a estos mismos aspectos y que ya al tenor de la justicia se tiene claro que el accionar de la demandada era totalmente malintencionada. Entonces solicito ante el Tribunal Superior se disponga a revocar la determinación absolutoria frente a la sanción del artículo 65 y se disponga en su contrario a la aplicación normativa.

Por otra parte, el apoderado de la demandada SALUD TOTAL E.P.S.-S. S.A., solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia, por no compartir los motivos que conllevaron a la conclusión de declarar los beneficios como salariales. Para tal efecto, argumentó que en el presente caso los beneficios entregados a la demandante tienen sus génesis en el pacto colectivo de fecha 28 de mayo de 2002, y por ello, al momento en que se suscribió otro sí en el cual se renunciaba a esta garantía mínima o como se llama el artículo garantía mínima de aumento salarial, no podría tenerse como cierta dicha estipulación, toda vez que sería una desmejora a los trabajadores.

Consideró, que según el pacto colectivo, tales beneficios no constituyen salarios, por tal motivo, estimó errada la conclusión del a quo, al indicar que en el presente caso lo que hizo Salud Total EPS, fue cambiar una garantía mínima de aumento salarial, por unos beneficios no constitutivos de salario. Además la demandante desde la demanda admite que el beneficio de transporte, inicialmente reconocido en el contrato de trabajo, a partir del año 2004, se convirtió en un beneficio de aporte voluntario, se trata de en un rubro que tampoco era base para el salario, porque no era una retribución directa del servicio.

Advirtió, la génesis de estos beneficios como tal lo indicaron, era un beneficio de transporte que luego se convirtió en un plan de beneficios, que como lo indico el testigo Henry Ladino constituía una serie de beneficios que no eran retributivos de la labor, y que se establecían como una cantidad o una serie de servicios complementarios, como pago de pensiones voluntarias, pago de

---

Y como segunda consideración planteaba la sanción de que trata el artículo 99 de la ley 50 de 1990, y es que frente a este aspecto, si bien el despacho resaltaba dentro de su análisis para establecer la aplicación de una u otra sanción considerando que no, o que carecía de sentido jurídico la petición o la invocación frente a esta aplicación normativa, partiendo del principio que ya se encontraba culminada la relación laboral y que por virtud de ellos no se podría aplicar una u otra, pues debemos tener en cuenta y solicito al Tribunal Superior de Bogotá se tenga en cuenta las reiteradas pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia que han establecido precisamente la diferenciación de la aplicación de estas dos normatividades, si bien es cierto en materia, de manera material tanto la una como la otra establecen un día de salario por cada día de omisión por parte del empleador frente al pago cumplido de estos aspectos, lo cierto es conforme lo ha establecido la Corte Suprema de justicia que la aplicación del artículo 99 de la ley 50 se da frente a la omisión del pago de las cesantías frente a la vigencia contractual, y que por su parte una vez culminada la relación o el vínculo laboral se da aplicación a la sanción del artículo 65, entonces si es legal, si es viable y la jurisprudencia misma de la Corte suprema de justicia que si la reclamación se realiza durante la vigencia del vínculo, se debe aplicar el artículo 99 y que va su liquidación hasta su terminación, y de la terminación en adelante se considera o se consagra la aplicación del artículo 65.

Entonces, si bien es cierto la demandada cumplió con el pago parcial de la cesantía, las sumas que consideraba a deber, lo cierto es que esa obligación no lo cumplió a cabalidad como lo dispone la norma, circunstancia por la cual, se debe considerar la aplicación del artículo 99 de la ley 50 de 1990, frente al incumplimiento frente a la anualidades que pues comparto con el despacho, la aplicación de los efectos prescriptivos, pero dentro de los lapsos que si se encuentran válidamente para el estudio del análisis jurídico, debe ser aplicada la sanción del artículo 99 de la ley 50 y una vez culminado hasta la sanción total, se debe aplicar la sanción de que trata el artículo 65.

En ese sentido dejo sentado los criterios para la apelación parcial ante el Tribunal Superior de Bogotá, muchas gracias.

arriendos, Etc., los cuales están establecidos en las documentales que fueron aportadas a la demanda.

Reiteró que el pacto o acuerdo de partes, en ningún momento pretendió desconocer una cláusula de tal tipo, en la que no existía tal incremento salarial, sino que la génesis del pago tiene otras circunstancias. Consideró, era válido haber tomado el interrogatorio de parte de la demandante como un medio de prueba, para indicar que tales documentos, es decir, los otros sí, en los cuales se aceptó el pago de estos beneficios no son válidos, precisando, el medio de prueba es la confesión, y la confesión es todo aquello que no le conviene a la demandante, por lo cual, no podría tenerse el interrogatorio de parte como medio de prueba, siendo que lo que indicó fue que la decisión de suscribir los mismos, no fue voluntaria, que lo mismo tampoco se le indicó en qué consistía el plan de beneficio, situación que no era cierta, o por lo menos no estaba acreditada en el presente caso.

En ese sentido, reiteró la naturaleza de los beneficios, conforme a los otros sí aportados a la contestación de la demanda, del 1 de marzo de 2013, 1 de marzo de 2014, del 1 de marzo de 2015 y subsiguientes, se quiere establecer la calidad y la naturaleza de los beneficios, en lo cual en su cláusula segunda establece los beneficios en que estaba la demandante, y en el clausulado y el monto de estos beneficios, destacando de estos beneficios, que ha avalado la Corte Suprema de Justicia, es que no eran una retribución directa del servicio, pues en la misma cláusula que pactan esos beneficios se establece que los mismos no son retributivos, que se pagan incluso aunque la demandante no preste efectivamente servicio, es decir, en momentos de incapacidad, en momentos de vacaciones, en momentos de licencias, tal y como se puede desprender de la mencionada cláusula tercera. Señalando, además, la demandante así lo confesó en el interrogatorio de parte que se le practicó y el testimonio del señor Henry Ladino, quien también indicó este desprendimiento entre el nexo de causalidad de la prestación del servicio y el reconocimiento del mismo; por tanto, era una circunstancia que se daba de manera extralegal y contractual, no correspondía a la retribución directa del servicio, siendo este el elemento esencial para establecer la calidad salarial de los mismos.

Agregó, pese a haberse indicado por el a quo una habitualidad de tales beneficios, ello no desnaturaliza el efecto de que sea un pago no constitutivo de salario, pues el mismo artículo 128 indica que pueden reconocerse beneficios habituales y no salariales. Insistió, que en los documentos mencionados, en especial los otros sí, la demandante suscribía y escogía el plan de beneficios que se adaptara a los servicios complementarios que estaba buscando o que se adaptaran a su forma de ser; indicando, el beneficios artículo o concepto 82, beneficio aporte voluntario, se realizaba a la empresa PROTECCIÓN S.A. y así se indica también en los conceptos, además está suscrito por la señora Jeimmy Rodríguez, en los documentos que se denominan autorización para pago de servicios, luego no era cierto que los haya recibido directamente.

De igual modo, consideró, se ignoró lo relativo a la suscripción del plan de beneficios o de la cuenta de ahorro voluntaria, que también fue aportada con la contestación de la demanda, de lo cual se evidencia que la vinculación a PROTECCIÓN, también fue de manera voluntaria con la demandante. Luego no es cierto su señoría que la conclusión a la que llega el a quo, no es correcta a establecer que se le entregaban de manera correcta, sino que en efecto ello se entregaba a una cuenta de aportes voluntarios, de lo cual dio fe el testigo Henry Ladino Díaz, persona que merece credibilidad, por ser la que maneja el recurso humano y la gestión humana, el talento humano de SALUD EPS.

En ese sentido, solicitó que se revoque la sentencia y subsidiariamente se tenga, no es viable acceder a la sanción del 65 del CST teniendo en cuenta que la demanda se presentó por fuera de los 24 meses que establece la reforma del artículo 65, y así mismo el artículo 99 de la ley 50 se encuentra prescrito, toda vez que los derecho se encuentran prescritos al 1 de junio de 2015 y como la fecha de la terminación fue del 16 de enero de 2016, no existe la exigibilidad de consignación en el fondo de cesantías<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> «AUD. VIRTUAL 297-2018 JEYMMY RODRÍGUEZ BOBADILLA VS SALUD TOTAL EPS S.A.-20220215\_160238-Grabación de la reunión» (58:38): Muchas gracias su señoría, de manera muy respetuosa interponemos recurso de apelación contra la sentencia proferida por su honorable despacho, esto en cuanto no compartimos los motivos que conllevaron a la conclusión o la parte resolutoria de declarar los beneficios como salariales, y esto básicamente por las siguientes razones:

El juzgado indica que en el presente caso los beneficios que se le fueron entregadas a la demandante tiene sus génesis en el pacto colectivo que corresponde al año 2002, fecha 28 de mayo de 2002, tal y como se indica en el hecho sexto de la demanda, y por ello indica que al momento en que se suscribió otro sí en el cual se renunciaba a esta garantía mínima o como se llama el artículo garantía mínima de aumento salarial no podría tenerse como cierta dicha estipulación, toda vez que sería una desmejora a los trabajadores.

Señoría consideramos que la documental en efecto indica tales circunstancias, me refiero a que en efecto la documental se llama garantía mínima de aumento salarial, debe tenerse en cuenta que esta digamos redacción no es correcta, con la conclusión que llega el despacho, porque cuando uno lee el artículo décimo tercero de dicho pacto colectivo, se señala que haya aumento salariales vía beneficios y este artículo también tiene que ser, digamos concuerda o tiene que ser interpretado con el artículo 17 de dicho pacto colectivo, en el cual indica que tales beneficios no tiene el factor de constitución de salario, entonces su señoría consideramos que es

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 JEYMMY RODRÍGUEZ BOBADILLA las pretensiones elevadas a folio páginas 6 a 8 del archivo digital «2018-297-2.pdf», las cuales encuentran sustentó fáctico en los**

una conclusión errada, el indicar que en el presente caso lo que hizo SALUD TOTAL EPS, fue cambiar una garantía mínima de aumento salarial por unos beneficios no constitutivos de salario, esa circunstancia se establece del mismo pacto colectivo del artículo 17 que indica que estos beneficios que están en este pacto colectivo que no son constitutivos de salario, y por tanto indica, que ese artículo décimo tercero no era una garantía de aumento salarial sino un aumento en los beneficios no constitutivos de salario. Ello su señoría se confiesa en la demanda en el hecho, hecho noveno, en el cual confiesa la parte demandante que el beneficio de transporte que admite, se le reconoció en el contrato de trabajo no le fue reconocido y que a partir, no continuó siendo reconocido y que a partir del año 2004, dice en la demanda este beneficio se convirtió o este transporte se convirtió en un beneficio de aporte voluntario, luego de esta confesión lo que se demuestra es que, errado a lo que concluyó el señor juez, no, el beneficio como tal no viene de esta estipulación, sino de un cambio en un pacto o en un rubro que tampoco hacía base para el salario, porque no era una retribución directa del servicio. La génesis de estos beneficios como tal lo indicaron, era un beneficio de transporte que luego se convirtió en un plan de beneficios, que como lo indico el testigo Henry Ladino constituía en una serie de beneficios que no eran retributivos de la labor, y que se establecían como una cantidad o una serie de servicios complementarios como pago de pensiones voluntarias, pago de arriendos, etc., los cuales están establecidos en las documentales que fueron aportadas a la demanda.

Entonces su señoría pues queremos reiterar que el pacto o digamos el acuerdo de partes, en ningún momento pretendió desconocer una cláusula de tal tipo, en la que no existía tal incremento salarial, sino que su génesis tiene pago dentro de otras circunstancias, entonces en esas circunstancias su señoría consideramos que tampoco es válido que se haya tomado el interrogatorio de parte de la demandante como un medio de prueba, para indicar que tales documentos, es decir, los otros si, en los cuales se aceptó el pago de estos beneficios no son válidos, porque lo que el medio de prueba es la confesión, y la confesión es todo aquello que no le conviene a la demandante y entonces no podría tenerse el interrogatorio de parte como medio de prueba, siendo que lo que indicó fue que la decisión de suscribir los mismos no fue voluntaria, que lo mismo tampoco se le indicó en qué consistía el plan de beneficio, situación que no es cierta, o por lo menos no está acreditada en el presente caso, con el interrogatorio de la demandante, porque dicho circunstancias no establecen una confesión para que se pueda tener como medio de prueba establecido en el código general del proceso.

En ese sentido su señoría pues queremos reiterar la naturaleza de los beneficios, conforme a los otros si que fueron aportados a la contestación de la demanda, estos son del 1 de marzo de 2013, 1 de marzo de 2014, hay otro del 1 de marzo de 2015 y subsiguientes, se quede establecer la calidad y la naturaleza de los beneficios, en lo cual en su cláusula, precisamente en el clausula segundo establece los beneficios que estaba la demandante, y en el clausulado y el monto de estos beneficios, pero lo que más llama la atención y lo que más destaca de estos beneficios, es lo que hemos insistido y la Corte Suprema de justicia ha avalado en las sentencias que indique en los alegatos de conclusión es que esto beneficios no eran una retribución directa del servicio, porque en el mismo cláusula que pactan esos beneficios establece que los mismo no son retributivos, que se pagan incluso en que la demandante no preste el efectivamente servicio, es decir, en momentos de incapacidad, en momentos de vacaciones, en momentos de licencias, tal y como se puede desprender de la cláusula tercera de los documentos que acabo de mencionar. También ello lo indico la demandante en la confesión, ahora si, en el interrogatorio de parte que le practicó este apoderado y el testimonio del señor Henry Ladino que también indica este desprendimiento entre el nexo de causalidad de la prestación del servicio y el reconocimiento del mismo, es decir, era una circunstancia que se daba de manera extralegal y era una circunstancia que se daba de manera contractual y que no correspondía a la retribución directa del servicio, siendo este el elemento esencial para establecer la calidad salarial de los mismos.

Entonces en ese sentido, su señoría, también se indica por el despacho que hay una habitualidad, hay una o se recibió de manera ordinaria tales beneficios, circunstancia pues no desnaturaliza el efecto de que sea un pago no constitutivo de salario, mismo artículo 128 que indica que puede reconocerse y los beneficios habituales y no salariales.

Por otra parte, su señoría concluye que estos beneficios eran entregados a la parte demandante y de los desprendibles de nómina, no obstante, de los documentos que también hago mención, a los otros si, en los cuales la demandante suscribía y escogía el plan de beneficios que se adoptara a los servicios complementarios que estaba buscando o que se adoptaran a su forma de ser, indica que el beneficios, artículo o concepto 82, beneficio aporte voluntario, se realizaba a la empresa PROTECCIÓN S.A, ello se indica también en los conceptos y eso está suscrito por la señora Jeimmy Rodríguez, en los documentos que se denominan autorización para pago de servicios, luego no es cierto que los haya recibido directamente, así mismo, consideramos su señoría que se ignoró lo relativo a la suscripción del plan de beneficios o de la cuenta de ahorro voluntaria, que también fue aportado con la contestación de la demanda, lo cual se evidencia que la vinculación a PROTECCIÓN, también fue de manera voluntaria con la demandante. Luego no es cierto su señoría que la conclusión a la que llega el a quo, no es correcta a establecer que se le entregaban de manera correcta, sino que en efecto ello se entregaba a una cuenta de aportes voluntaria, que también el señor testigo Henry Ladino Díaz dio fe de ello, persona que, pues merece credibilidad, siendo la persona que maneja el recurso humano y la gestión humana, el talento humano de SALUD EPS.

Y en ese sentido muy respetuosamente solicitamos al Honorable Tribunal de Bogotá se revoque la sentencia en lo que respecta a ello y subsidiariamente se tenga en cuenta lo respectivo, en caso de no acoja los argumentos aquí indicados, los respectivo al artículo 65 no es viable teniendo en cuenta que la demanda se presentó por fuera de los 24 meses que establece la reforma del artículo 65, y así mismo el artículo 99 de la ley 50 se encuentra prescrito, toda vez que los derecho se encuentran prescritos 1 de junio de 2015 y no hay exigibilidad de, frente a esa fecha de la terminación del 16 de enero de 2016, no existe la exigibilidad de pago en esa, de esa consignación en el fondo de cesantías. Entonces en ese sentido muy respetuosamente reiteramos y solicitamos al despacho, al Honorable Tribunal se revoque la sentencia en lo indicado. Muchas gracias.”



**hechos narrados a páginas 6 a 11**, solicitando la reliquidación y pago de las vacaciones, primas, cesantías, intereses sobre las cesantías, por toda la relación laboral, sobre la base salarial real de \$848.900 o la que resulte probada en el proceso, dado que la sumas extralegales pagadas por la demandada tenían connotación salarial; a a cotizar a **PROTECCIÓN S.A.**, el valor de los aportes dejados de pagar a pensión, por el período comprendido entre el 01 de agosto de 2002 y 18 de enero de 2016, dado que la sumas pagadas por la demandada denominada Incentivo o Subsidio de Transporte, y/o beneficio no salarial, aporte voluntario empresa semestral, aporte voluntario empresa y aporte voluntario empresa convenio si tenían connotación salarial. Se condene a la demandada al pago de la sanción moratoria regulada en el art. 65 del CST, así como la sanción contemplada en el artículo 99, numeral 3 de la Ley 50 de 1990, por no consignar el valor real de las cesantías; al reconocimiento y pago de la sanción contemplada en el numeral 3 del artículo 1 de la Ley 52 de 1975. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a las aspiraciones de la parte demandante** pues se accedió a la reliquidación del auxilio de cesantía, sus intereses, primas de servicios y vacaciones, incluyendo en la base salarial el denominado aporte voluntario; el reajuste del ingreso base de cotización de los aportes a pensión causados entre el 01/06/2015 y el 18/01/2016, teniendo en cuenta un salario promedio de \$802.100 y conforme al cálculo actuarial que expida el fondo administrador de pensiones al que se encuentre vinculada la demandante; absolvió de las demás pretensiones de la demanda; declaró probada parcialmente la excepción de prescripción y no probadas las demás excepciones y condenó en costas a cargo de la demandada.

El Juez de primer grado estableció que no se controvertió en el litigio que entre el demandante y la EPS demandada existió un contrato de trabajo a término indefinido que tuvo una vigencia del 1° de agosto de 2002 y el 18 de enero de 2016 por decisión de la trabajadora, donde desempeñó el cargo de Higienista Oral, hechos que fueron aceptados por la demandada en su contestación.

Respecto al objeto del litigio dirigido a obtener la reliquidación de las prestaciones sociales y vacaciones teniendo en cuenta como factores salariales los denominados beneficios, auxilios o aportes, luego de hacer un recuento de las tesis expuestas por las partes indicó que por regla general todos los pagos

que recibe el trabajador por su labor subordinada son salario a menos que se trate de prestaciones sociales, sumas en dinero o en especie entregadas al trabajador en contraprestación directa del servicio y pagos laborales que por disposición legal no son salario o que poseen un propósito remunerativo, beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados en convenciones o contractualmente otorgados en forma extralegal cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario.

En el caso objeto de estudio indicó que, de acuerdo a las copias de los desprendibles de nómina, a la demandante se le pagó el citado beneficio en forma mensual sin que se advierta que el valor fuese consignado al fondo de pensiones PROTECCIÓN S.A., a título de aporte voluntario, que fue lo que convinieron las partes, de modo que los recibía directamente la trabajadora y de las certificaciones aportadas de la citada AFP, sólo se advertían cotizaciones obligatorias. De lo anterior, concluyó que el beneficio era reconocido de forma habitual y ordinaria; y, aunque la empleadora negó la connotación de tal pago, indicando que no se le reconocían como retribución de sus servicios, sino que correspondían a un beneficio otorgado por mera liberalidad, tal argumento no se compadecía con la realidad del expediente, por tanto no lo acogió, pues el aporte voluntario le era entregado a la trabajadora, no fue una mera liberalidad, pues conforme a las modificaciones y otros sí al contrato, se podía concluir que lo convenido era lesivo a los intereses de la trabajadora, toda vez que el incremento salarial vía beneficio, nació de la renuncia que hizo la trabajadora al pacto colectivo que disponía ese incremento salarial, es decir, que la demandante renunció a ese incremento para acceder a uno sin connotación salarial, de modo que fue desfavorable a la trabajadora sin que la difícil situación financiera, fuese un argumento válido pues desmejoró las condiciones de sus trabajadores. Concluyó así, que el beneficio era retributivo de los servicios de la trabajadora, por tanto, debía tenerse como factor salarial para las prestaciones y aportes al sistema de pensiones. En tal sentido era viable acceder al reajuste salarial solicitado, teniendo en cuenta la diferencia entre la base salarial considerada por la empleadora de \$689.455 y la que debió efectivamente tener en cuenta por \$802.100.

Luego de determinar la procedencia de la reliquidación pretendida paso al estudio de la excepción de prescripción determinando que la relación laboral

terminó el 18 de enero de 2016, sin embargo, la demandante sólo acudió al proceso ordinaria el 1° de junio de 2018, de modo que dejó transcurrir el tiempo y de esa manera resultaron afectadas de manera parcial sus acreencias, que pretende reclamar a través de este proceso, por tanto, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción en relación con las acreencias sociales pretendidas antes del 1° de junio de 2015.

Respecto a la sanción de que trata el artículo 65 del CST, consideró, en el presente caso, por haberse efectuado un pago de forma parcial lo adeudado a la demandante, no se trata de la hipótesis que plantea la norma, de modo que no advirtió una mala fe de parte de la demanda y por ello se abstuvo de imponer la referida sanción.

Asimismo, respecto a la reliquidación de los valores que por concepto de auxilio de cesantía, se destinaron, o fueran consignados al fondo cesantías respectivo, señaló no era procedente por cuanto el contrato ya culminó y por ende la obligación que se impone a la demandada es pagar el valor respectivo una vez determinado en favor de la demandante y que no esté prescrito, directamente a la trabajadora, pues no debe perderse de vista que una vez terminado el contrato, el empleador tiene la obligación de comunicar al fondo administrador a efecto de que el trabajador pueda acceder a los recursos que allí fueron depositados, pues el objeto de las cesantías es permitir que el trabajador tenga un ingreso durante el tiempo que permanezca cesante, careciendo de sentido jurídico reclamar que el pago de los reajustes de las cesantías se haga ante el fondo, cuando se ordena su pago directamente al trabajador.

Establecidos los antecedentes procesales se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por el demandante y la EPS demandada, 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 appellatum).

La Sala empieza por definir que no es objeto de discusión la existencia de un contrato de trabajo entre las partes desde el 01 de agosto de 2002 al 18 de enero de 2016, para que la demandante desempeñara el cargo de Higienista

Oral, supuesto fáctico que la demandada aceptó en su contestación<sup>3</sup> y que incluso fue ratificado con las documentales aportadas por ambas partes en la demanda y la contestación (Expediente digital: “2018-297-2.pdf”, págs. 54 a 62 y 344 a 372, en los que obra el contrato individual de trabajo a término indefinido suscrito por ambas, así como los otros sí, liquidación final de prestaciones sociales y certificación expedida en tal sentido por la accionada (págs. 237, 238, 351 ibidem).

Acreditada la existencia del contrato de trabajo que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales reclamados, resulta factible pasar al estudio de los puntos de inconformidad de los recurrentes.

De conformidad con el discurrir procesal, esta sala de decisión define como problemas jurídicos: determinar si los pagos devengados por la actora durante la vigencia de la relación laboral y denominados «*beneficios*» constituyen factor salarial, estableciendo si dan lugar a la reliquidación de las acreencias laborales percibidas por la actora; y, si es procedente el reconocimiento de la indemnización moratoria de que trata el art. 65 del CST y de la SS, así como la sanción consignada en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Así las cosas, sobre los puntos indicados versara el estudio de esta instancia.

Para resolver el primer problema jurídico se tiene que la parte demandante solicitó en las pretensiones 2.1.2. y 2.1.2. que reajustaran los aportes a pensión, salud, primas, vacaciones, cesantías e intereses sobre las cesantías y aportes parafiscales, durante la relación laboral, teniendo en cuenta para tal fin, los llamados incentivos o Subsidio de Transporte y/o alimentación y demás beneficios no salariales denominados aporte voluntario empresa, aporte voluntario empresa convenio y aporte voluntario empresa semestral, por considerarlos factor salarial.

Ante dicha petición la parte demandada manifiesta que efectivamente a la señora demandante se le reconocieron dichos pagos, pero aduce que tales sumas recibidas por la actora por concepto del plan de beneficios, entre ellos el denominado «**Ben. Aporte voluntario convenio**» (luego se le añadió: *Fondo de*

---

<sup>3</sup> Pág. 322, archivo “2018-297-2.pdf”.

*pensiones voluntarias Protección)», no era retributiva del servicio, ya que eran percibidas independiente de si la actora trabajara o no y que estaban destinadas a un ahorro.*

Para resolver ha de tenerse en cuenta que la Jurisprudencia del órgano de cierre de esta jurisdicción ha sido reiterativa en indicar que en los litigios que propenden por el reconocimiento del carácter salarial de un pago reconocido al trabajador este debe demostrar que el pago era realizado por su empleador de manera constante y habitual y al empleador convocado a juicio le corresponde acreditar que los pagos estaban dirigidos a otro propósito, menos la retribución directa del servicio; al respecto las sentencias SL12220-2017, SL1437-2018, SL5159-2018, SL 986-2021, reiteradas en sentencia SL-4313-2021 explican:

*«Inicia la Sala por precisar que, conforme al precedente de la Corporación, «el empleador [...] tiene la carga de demostrar que ciertos pagos regulares no tienen como finalidad directa la de retribuir los servicios del trabajador ni enriquecer su patrimonio, sino que tienen una destinación diferente, como puede ser la de garantizar el cabal cumplimiento de las labores o cubrir determinadas contingencias.*

*Luego al trabajador le basta con demostrar que el pago era realizado por su empleador de manera constante y habitual y el empleador quien tiene la carga de la prueba de demostrar lo contrario. Señala el precedente que:*

*Al trabajador le basta con demostrar que el pago era realizado por su empleador de manera constante y habitual, y a éste, con el fin de no quedar compelido a asumir los efectos jurídicos que le son propios a un estipendio de esta naturaleza, deberá demostrar que los pagos estaban dirigidos a otro propósito, menos la retribución directa del servicio.//De ahí, que para la Sala, el solo dicho del empleador sin prueba alguna que acredite sus manifestaciones, carecen del mérito suficiente para descartar la naturaleza salarial del estipendio económico entregado de manera habitual y constante en la cuenta de ahorros del trabajador, en igualdad de condiciones al pago efectuado del salario básico (CSJ SL986-2021)».*

Siguiendo el precedente reseñado se tiene que la parte demandante aportó a folios 71 a 236 del expediente digitalizado, los comprobantes de pago de nómina correspondientes a los periodos de agosto de 2002 a enero de 2016.

Documentos que fueron aportados al proceso por la parte demandante y que en virtud de lo dispuesto en el art. 244 del CGP gozan de autenticidad, aunado al hecho de que no fueron tachados por la demandada. En todo caso, dicho extremo procesal también aportó reportes de nómina por todo el tiempo laborado (páginas 396 a 425).

De la revisión de dichos folios se logra extraer que inicialmente las partes pactaron un salario inicial a partir del mes de agosto de 2003 de \$309.000 (pág. 345), suma que en efecto se le pagó con los incrementos del caso, hasta el mes de mayo de 2004, dado que, a partir del mes de junio de 2004, empezó a pagar además del sueldo, por concepto de «*beneficios*» los conceptos denominados «*BEN. APOORTE VOLUNTARIO EMPRESA SEMESTRAL*» o «*BEN. APOORTE VOLUNTARIO EMPRESA SEMESTRAL (FONDO DE PENSIONES VOLUNTARIAS PROTECCIÓN)*», «*BEN. APOORTE VOLUNTARIO CONVENIO*», o «*BEN. APOORTE VOLUNTARIO CONVENIO (FONDO DE PENSIONES VOLUNTARIAS PROTECCIÓN)*», «*BEN. APOORTE VOLUNTARIO EMPRESA*» o «*BEN. APOORTE VOLUNTARIO EMPRESA (FONDO DE PENSIONES VOLUNTARIAS PROTECCIÓN)*», conceptos que, de acuerdo a lo allí descrito eran pagados directamente a la trabajadora.

Tales emolumentos, encuentran soporte en la modificación al contrato de trabajo a partir del 01 de junio de 2004 (pág. 354), allí se pactó, que la trabajadora recibiría «*unos beneficios de carácter prestacional, todos ellos no constitutivos de salario*», señalándose que el monto de esos beneficios sería pagados mensualmente, precisando que la suma del salario más los beneficios ascendían a la suma de \$451.571. De igual modo, para el año 2007, se firmó en similares términos una nueva modificación al contrario de trabajo (pág. 357). Posteriormente se suscribieron otros sí al contrato de trabajo, el 01 de abril de 2011, donde se pactó que «*la distribución del total de la remuneración, en adelante será la correspondiente a la suma de \$535.600, constitutivo de salario y la suma de \$163.2800, no constitutivo de salario, respectando con esto la distribución del 60/40 de ley y en las condiciones establecida en el plan de remuneración por beneficios*»; y en similares términos, para el año 2013 se suscribe otro sí, precisando que dicha distribución sería de \$589.500 como constitutivo de salario y \$146.900, no constitutivo de salario (pág. 364); para el año 2014, \$616.000 constitutivo de salario y \$159.000 no constitutivo de salario (pág. 367); y, para el año 2015, \$644.350 constitutivo de salario \$157.750 no constitutivo de salario (pág. 372).

De las pruebas relacionadas advierte esta instancia que la parte demandante acreditó que los referidos pagos eran reconocidos por la demandada de manera constante, habitual, periódica y permanente, durante más de 11 años del

vínculo laboral. De lo cual, también se infiere, el valor señalado como constitutivo de salario, más el intitulado como no constitutivo de aquel, conformaban la totalidad de la remuneración por los servicios prestados por el demandante, lo que correspondía a la distribución de la contraprestación total, solo que con denominación diferente: una a título de salario y la otra, como «*beneficios*», los cuales en adelante denominó en cada uno de los otrosíes suscritos con posterioridad: «*plan de remuneración con beneficios*».

Aunado a lo anterior, si bien se indicó que los pagos adicionales por concepto de beneficios, no constituían salario, lo cierto es que, indicó en las distintas modificaciones al contrato, verbigracia en el último de ellos:

*«Las partes del presente contrato de mutuo acuerdo y de manera libre y espontánea han decidido modificar el contrato de trabajo que hasta ahora las ha regido así:*

*CLÁUSULA PRIMERA: [...] han estipulado de forma totalmente consensual que a partir del 1 de marzo de 2015 el trabajador devengará un salario mensual de \$644.350.*

*CLÁUSULA SEGUNDA: [...] han acordado que el trabajador a partir del 1 de marzo de 2015, recibirá unos beneficios de NO carácter prestacional, todos ellos no constitutivos de salario según el presente acuerdo, expreso y escrito, al que han llegado las partes de una manera totalmente voluntaria.*

*El monto total de los beneficios será de \$157.750 mensuales repartido así:*

*BEN. APOORTE VOLUNTARIO CONVENIO: \$157.750*

***Parágrafo 1: la suma del salario y los beneficios anteriores asciende a la suma de \$802.100 que es el valor de la remuneración correspondiente al cargo del trabajador.***

*Parágrafo 2: El trabajador ha escogido libremente con base en su plan financiero personal y familiar los beneficios que se han ofrecido en el reglamento que se ha expedido para regular lo pertinente a estos».*

De lo anterior, es dable concluir de forma preliminar, que los valores percibidos por la demandante eran pagados bajo dos denominaciones diferentes, pero con la misma finalidad retributiva, conservando su común naturaleza salarial, lo cual además se puede constatar en los aludidos comprobantes nómina, que como ya se dijo, permiten verificar el pago habitual cada mes, características que, más allá de las formalidades y denominaciones que pretendió dársele, se corresponden con los dispuesto a en el artículo 127 del CST, que define los elementos que integran esa categoría jurídica.

Ahora bien, respecto de los interrogatorios, no observa la Sala que la actora haya confesado que tales emolumentos no fuesen salarios, por el contrario, manifestó, si bien accedió a suscribir las modificaciones al contrato y se acogió a dichos planes de beneficios, pero no lo hizo de forma voluntaria, sino presionada por la empleadora en tanto que corría el riesgo de que los pagos se efectuaran de manera tardía. Mientras que el representante legal de la demandada, admitió que en efecto la remuneración de la demandante estaba compuesta de dos ítems: el salario y los beneficios, que conforme lo pactado no constituían salario.

Con relación al testimonio del señor Henry Ladino Díaz, encargado de la gestión del área de talento humano de gestión humana desde el año 2007, indicó que la actora siempre tuvo como remuneración el salario mínimo; que conforme con los otros ítems al contrato de trabajo, la remuneración tenía dos componentes, el salario básico y los beneficios, estos tenían dos componentes discriminando la nómina como beneficios y beneficios adicionales, del primero, el trabajador escogía en que consumía el valor, para el caso de la actora, correspondió a un ahorro voluntario en Protección; y los segundos, eran los seguros de vida y de incapacidad y dos aportes de la empresa, uno que tenía el valor de la prima y el otro el valor de la cesantía. Además, con el plan de beneficios el trabajador podía elegir qué parte de su remuneración no se le consignara de manera directa a él, sino, como por ejemplo que se destinara a arriendo, vehículo, gasolina entre otros.

De igual manera, la señora Tulia del Carmen Barreneche, jefe directa de la demandante, mientras laboró en Salud Total, manifestó que todos los contratos se remuneraban con el salario mínimo, más el plan de beneficios en una relación de 60/40, que dichos beneficios entre otras eran consignados a un fondo de pensiones voluntarias en la AFP Protección, respondiendo que era política de la empresa, por lo que entendió que era obligatorio, dinero que podía ser retirado sin condiciones a voluntad del trabajador; que habían otros beneficios consistían en que una parte podían retirar a los 5 días de consignada, otra en retiro para vivienda o educación.



De lo hasta aquí motivado se concluye que no existe prueba de la que se pueda inferir cosa distinta a lo decidido por el a quo frente a los beneficios que devengó la actora durante su periodo de vinculación con la EPS, demandada, de modo que no se comparte la tesis planteada por el apoderado de la parte accionada en el sentido que tales beneficios no era retributivos del servicio, ya que eran percibidas independiente de si la actora trabajara o no y que estaban destinadas a un ahorro, por ser, una aseveración que resulta contraria a la diafanidad que ofrecen los medios de convicción aportados al plenario en cuanto a que lo que en realidad pretendió de manera sistemática la demandada era mantener un margen del 40% de la retribución de sus empleados como no constitutiva de salario, nótese además que conforme al precedente que ha decantado el Tribunal de Cierre de esta especialidad, otro aspecto indicador de que en realidad se trata de un pago salarial estriba en que además de periódicos, eran uniformes, es decir, la misma cantidad en cada mensualidad, y en sentir de la Sala, el hecho que siempre fuere cancelado es un indicio de que tal emolumento constituía salario pues no representaba un premio o bonificación por mera liberalidad de la empleadora, por el contrario, con las versiones que se vertieron al proceso quedó en evidencia que se conminaba a los trabajadores a escoger dentro de una gama de beneficios con el único propósito de distribuir intencionalmente la remuneración en un 40% como no constitutivo de salario.

A partir de lo expuesto, no resultan admisibles los acuerdos como los suscritos entre las partes, pues resulta diáfana la habitualidad y permanencia de los pagos como contraprestación directa de los servicios que le prestaba la actora a la accionada, desde luego, ingresaban efectivamente al patrimonio de la trabajadora, tanto así que podía retirarlos si lo deseaba, aspectos que en todo caso no pudieron ser desvirtuados por la accionada, tal como era su deber procesal, al tenor de lo que ha considerado en casos como el que nos ocupa, la jurisprudencia del trabajo, incluso, verificada la cláusula 13 del pacto colectivo celebrado en el año 2002 (pág. 249), se advierte que allí se estableció fue una garantía mínima de aumento salarial y la posibilidad de que la empresa estableciera beneficios adicionales individuales a los trabajadores, sin que se indique la desalarización de los conceptos objeto de estudio.

En ese sentido, tal y como lo ha expresado la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral, la potestad de las partes para determinar que pagos no constituyen salarios no es absoluta, y encuentra su límite en la prohibición de desnaturalizar los pagos con carácter salarial, por manera que el acuerdo de voluntades que le reste naturaleza salarial a un pago que en verdad lo es, deviene en insuficiente para desvirtuar su condición remuneratoria directa del servicio, pues tal determinación no está sujeta al arbitrio de las partes.

De lo anterior, si un pago cumple las condiciones previstas en la ley para ser salario, seguirá predicándose como tal, a pesar de su denominación, en la medida que, se itera, los pagos habituales que retribuyen directa y realmente el servicio configuran ese elemento del contrato laboral y no pueden dejar de serlo por acuerdo entre las partes, pues como se indicó en la sentencia CSJ SL3272-2018:

*«[...] el carácter remuneratorio de un pago no emana directamente de la ley ni del pacto de exclusión salarial, sino que en cada caso deben analizarse elementos fácticos en aras de establecer cómo fue consagrado y si con él se retribuyen directamente los servicios prestados».*

La tesis expuesta, ha sido reiterada en las sentencias CSJ SL5328-2019 y CSJ SL4663-2021, donde el Órgano de Cierre, en casos de similares contornos al aquí estudiado, contra la misma Entidad Promotora de Salud, donde se estudió el carácter salarial de los mismos emolumentos aquí reclamados, consideró, verbigracia, en la primera de ellas:

*«...la condición de salario de determinado pago, no deriva de la denominación que convengan las partes en el contrato de trabajo o en cualquier otro documento suscrito con posterioridad, sino de que retribuya directamente el servicio personal del trabajador; así lo adocrinó la Sala de Casación Laboral en sentencia CSJ SL8216-2016 y si bien, las partes tienen la facultad de acordar que determinado ingreso no tenga incidencia prestacional, por así autorizarlo el artículo 128 del mismo estatuto, tal posibilidad no puede convertirse en una especie de patente para restar connotación salarial a pagos que por su naturaleza y esencia la tengan, en tanto recompensan el trabajo personal y subordinado que realiza un trabajador. Así lo señaló esta Corporación en la sentencia CSJ SL12220-2017:*

*(...)*

*De la lectura del artículo 128 del estatuto laboral, que enuncia algunos ingresos no salariales, dado su carácter ocasional y la liberalidad con la que el empleador los entrega al trabajador, sin ambages se colige que las sumas recibidas por Miller Augusto García Puyo, representadas en bonos para combustible, alimentación, pagos a créditos de vivienda, «aporte voluntario empresa», solo para citar algunos, constituyen salario, pues se trató de desembolsos estables y permanentes al trabajador, directamente retributivos del servicio, condición que*

no varía por la denominación que se le dio, con la anuencia del trabajador de que se les denominara de esa forma.

A la anterior conclusión arriba la Sala, a pesar que los comprobantes de pago reflejan que los componentes de los «beneficios» y «beneficios adicionales» variaban, los valores pagados por tales prestaciones «no salariales» se distribuían de manera que sumadas representaban cerca del 50% de la retribución total, lo cual fue una constante en vigencia del contrato. A manera de ilustración, se observa que los folios 2 a 9, corresponden a los comprobantes de nómina de octubre de 2000 a mayo de 2001, tiempo durante el cual se le pagó al trabajador «subsidio de transporte y/o alimentación», en un monto que fluctuó entre \$267.208 y \$291.257, pero para junio de 2001 se eliminó ese rubro; a cambio, recibía bonos de alimentación y combustible, «arriendo vivienda», «aporte voluntario a empresa», seguro de vida y seguro de incapacidad.

Sobre los pagos realizados al demandante, el testigo Yesid Cuellar Cutiva, Gerente de Salud Total EPS Neiva, señaló:

Esos valores sí se le consignan a cada trabajador, quienes tengan en su plan de remuneración contemplado el tema de beneficios, dichos valores son consignados como aportes voluntarios en el fondo de protección con el cual tiene convenio la compañía. Esos beneficios se pagan como parte del salario vía beneficios al trabajador y dependiendo del monto, de la remuneración total, así mismo ese porcentaje que va al fondo de pensiones voluntarias, depende de las horas que esté contratado y es un valor fijo.

En el mismo sentido, declararon Fernando Jiménez (fl. 404) y Jaime Pérez (fl. 407), quien ilustró: «desde que comencé a trabajar con SALUD TOTAL, fue de planta y fue repartido en dos formas diferentes; si me ganaba dos millones, un millón era conforme a lo de ley para prestaciones sociales, salud, pensión; y en la otra mitad me lo pagaban por medio de un fondo de protección (...)». **Tales versiones hacen evidente que fue política de la empresa implementar mecanismos de desalarización, enderezados a minimizar costos con claro perjuicio para sus colaboradores».**

Acorde con la línea jurisprudencial expuesta, resulta evidente, que los emolumentos adicionales percibidos por la actora eran retributivos de la prestación del servicio, toda vez que reúnen las siguientes características: (i) se percibía de manera periódica (mensualmente), (ii) era uniforme, es decir, no variaba su monto; (iii) era retributivo del servicio; pues no se evidencia una mera liberalidad por parte de la empleadora, por el contrario, si se encuentra un claro propósito encubierto de disminuir a un 60 % el importe constitutivo de salario, por lo que resulta una antinomia concluir que no era retributivo del servicio prestado por la trabajadora, máxime que el mismo art. 127 del CST, le ha dado a la remuneración fija y ordinaria el carácter de salario, cualquiera que sea la denominación que le den las partes, sin perjuicio de dejar sentado que, en estos eventos, la ineficacia de las cláusulas contractuales que desconozcan el carácter salarial del equivalente en sumas dinerarias de conceptos que si retribuyen el servicio del trabajador y se reciben para su propio beneficio es de pleno derecho, también resulta reprochable la aceptación por parte de sus

destinatarios del beneficio indirecto de estos conceptos y valores durante el tiempo de la relación laboral.

En ese orden de ideas, como ya se anunció, los argumentos de la parte accionada no tienen vocación de prosperidad, de ahí que se imponga la confirmación de la decisión de primer grado en ese puntualísimo aspecto, advirtiendo que no existió otro reproche puntual en torno a los valores objeto de reajuste.

Continuando con la resolución del segundo de los problemas jurídicos planteados, es decir, lo que tiene que ver con la sanción moratoria de que trata el art. 65 del CST, la jurisprudencia del órgano de cierre de esta jurisdicción ha señalado que ni su imposición ni su exoneración es automática, dado que es necesario determinar si el empleador actuó de mala fe al resistirse a reconocerle al trabajador los derechos laborales que contempla el orden jurídico. (CSJ SL, 24 abr. 2012, rad. 39600, CSJ SL9156-2015, CSJ SL1430-2018 reiteradas en sentencia SL-3345-2021).

Como se advirtió a lo largo de esta providencia se tiene que la parte demandada cimentó su defensa en el argumento de que los pagos por concepto de beneficios adicionales no constituían salario, hecho que no probó dentro del plenario; por el contrario, la conducta de la sociedad empleadora estuvo desprovista de buena fe, pues, como quedó explicado, el plan de desalarización que implementó, en realidad resultó ser una maniobra que generó que, al dividirse el pago de esos dineros, los diferidos no se tuvieran en cuenta para el cálculo de los derechos laborales, es decir, lo que le pagaba a la trabajador era el salario, pero distorsionando su incidencia prestacional.

Desde luego, la accionada no aportó razones o elementos de juicio convincentes que le permitan sustraerse de la misma, pues la sola circunstancia de acordar con el trabajador la desalarización de unos pagos que por su misma naturaleza son constitutivos de salario, no conduce inexorablemente a inferir un íntimo convencimiento de no ser factor para liquidar las prestaciones sociales causadas, tanto en vigencia de la relación laboral, como al momento de su terminación, conforme se puntualizó en la sentencia CSJ SL, 13 jun 2012, rad. 39475, con referencia en la CSJ SL, 2 may. 2012, rad. 38118.

Así mismo, en la providencia CSJ SL1439-2021 se recordó que las sanciones moratorias (artículos 65 CST, 99 Ley 50 de 1990), proceden cuando el empleador no aporta elementos de convicción o razones satisfactorias y creíbles de su conducta, es decir, que obró de buena fe, pese a incurrir en mora en el pago de salarios y prestaciones del trabajador.

De igual modo, se advirtió desde la sentencia CSJ SL9641-2014, que *«la buena o mala fe no depende de la prueba formal de los convenios o de la simple afirmación del demandado de creer estar actuando bajo un vínculo no laboral, pues, en todo caso, es indispensable verificar «otros tantos aspectos que giraron alrededor de la conducta que asumió en su condición de deudor obligado; vale decir, además de aquella, el fallador debe contemplar el haz probatorio para explorar dentro de él la existencia de otros argumentos valederos, que sirvan para abstenerse de imponer la sanción».*

En ese sentido, considera la Sala es procedente la sanción objeto de estudio y de este modo, se tiene que el contrato de trabajo terminó el 16 de enero de 2016, en vigencia de la modificación introducida al artículo 65 del CST por el 29 de la Ley 789 de 2002; el último salario de la actora resultó superior al mínimo (\$802.100) y la demanda se presentó el 01 de junio de 2018, es decir, más de 24 meses después de la terminación del contrato, por lo tanto, la sanción equivale al pago de *«intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria»*, desde el 17 de enero de 2018, hasta cuando se verifique el pago de las prestaciones sociales adeudadas, condena que en todo caso, no se encuentra afectada por el fenómeno de la prescripción en tanto que el a quo definió como prescritas aquellas acreencias causadas con anterioridad al 01 de junio de 2015 y sobre ello, no se efectuó reparo alguno por las partes.

Ahora, en lo atinente a la pretensión de indemnización por no consignación de cesantías (artículo 99 de la Ley 50 de 1990), debe precisarse que dicha sanción opera no solo en los casos en que el empleador no realiza la consignación, sino también cuando lo hace de manera deficitaria o parcial porque, por ejemplo, no tiene en cuenta el salario realmente devengado por el trabajador, como sucedió

en este caso, conforme se ha explicado, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL403-2013, reiterada en la CSJ SL1451-2018.

Igualmente, en la providencia CSJ SL, 24 ag. 2010, rad. 34393, se orientó que la exigibilidad de las cesantías y la sanción por su no consignación, no se presentan en el mismo momento, puesto que la primera se hace a la fecha del fenecimiento de la relación contractual y la indemnización, a partir del vencimiento del plazo otorgado al empleador, para depositar en cada anualidad esa prestación, esto es, desde el 15 de febrero del año siguiente al que corresponda el auxilio causado, conforme lo establece la misma disposición normativa en cita.

En esa medida, la omisión de la consignación de ese concepto, en la mencionada fecha, implica que, a partir del día siguiente se cause la sanción moratoria; de ahí que el término de tres años previsto en los artículos 488 y 151 del CST y CPTSS, en su orden, empieza a correr desde el momento en que se originó la deuda y así lo tiene decantado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, que en la sentencia CSJ SL, 1° feb. 2011, rad. 35630, enseñó:

*«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, 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 ese orden de ideas, para cuantificar dicha indemnización se debe aplicar la prescripción, al no ser exigible a la finalización del contrato de trabajo, sino a partir de la extinción del plazo para depositar las cesantías, que lo es el 15 de febrero del año siguiente, al que corresponde a su liquidación.

Por tal razón, al estar definido en la presente causa que los derechos causados con anterioridad al 01 de junio de 2015 se encuentran extintos por el fenómeno prescriptivo, el derecho a la indemnización por no consignación del auxilio de cesantías, causada con anterioridad a esa fecha, evidentemente, se encuentran prescrita, pues la última de ellas, donde la demandada tenía la obligación de consignar las cesantías a un fondo, corresponde a las causadas en el año 2014, que se hizo exigible el 14 de febrero del año 2015, es decir, ya cobijada por la prescripción y respecto de las cesantías del año 2015, como el contrato finalizó el 16 de enero de 2016, no se alcanzó a configurar la obligación de consignar al respectivo fondo de cesantías, de modo que, el pago completa de las cesantías de ese año se debía efectuar con la liquidación final de prestaciones sociales, que, como ya se explicó se abriga con la sanción establecida en el artículo 65 del CST.

Por tanto, se confirma lo decidido por el a quo en ese sentido, pero por estas precisas razones.

Así las cosas y agotada como se encuentra esta instancia, conforme las motivaciones precedentes se adicionará la sentencia de primera instancia para condenar al pago de la sanción contenida en el artículo 65 del CST, en los términos y razones expuestas por esta Sala de decisión.

**SIN COSTAS** en esta instancia.

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

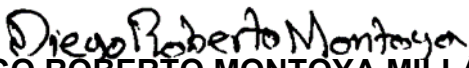
## RESUELVE

**PRIMERO: ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, para condenar a la demandada SALUD TOTAL ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL REGIMEN CONTRIBUTIVO Y DEL REGIMEN SUBSIDIADO S.A. al pago de intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, sobre las prestaciones sociales adeudadas, desde el 17 de enero de 2018, hasta cuando se verifique el pago, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en los demás la sentencia apelada, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO: SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

  
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

  
ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA

  
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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



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

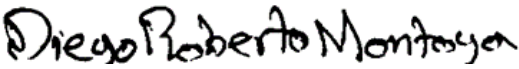
**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIA MIREYA  
AGUIRRE AVENDAÑO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE  
PENSIONES -COLPENSIONES- y COLFONDOS S.A. (RAD. 19 2019 00408 01)**

Bogotá D.C. veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022)

**AUTO**

Reconocer personería adjetiva a la abogada ASTRID JASBLEYDE CAJIAO ACOSTA 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 calidad de representante legal de la sociedad CAL & NAF ABOGADOS S.A.S., apoderada principal.

  
**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

Vencido el término de traslado otorgado a las partes para presentar los alegatos de conclusión, 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 COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez 19 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 4 de febrero del 2022 (*Audiencia virtual, archivo 4 expediente digital record: 29:06*), en la que se resolvió:

**“PRIMERO: DECLARAR** la INEFICACIA del traslado de la señora **MARIA MIREYA AGUIRRE AVENDAÑO**, identificada con C.C N° 20.970.829, del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por **COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTIAS**, identificada con NIT 800.149.496-2, realizado el día 24 de junio de 1994, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO: DECLARAR** válidamente vinculada a la aquí demandante **MARIA MIREYA AGUIRRE AVENDAÑO**, identificada con C.C N° 20.970.829, al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES, desde el 23 de septiembre de 1985, hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO: CONDENAR** a la demandada **COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTIAS**, identificada con NIT N° 800.149.496-2 a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora **MARIA MIREYA AGUIRRE AVENDAÑO** identificada con C.C N° 20.970.829, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, sumas debidamente indexadas.

**CUARTO: ABSOLVER** a las demandadas de las demás pretensiones principales incoadas en su contra, incluyendo la pretensión subsidiaria.

**QUINTO:** Sin costas en esta instancia.

**SEXTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA**.”

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

Así, en primer lugar COLPENSIONES expresa que con la declaratoria de la ineficacia se está afectando el patrimonio de la entidad, precisando se debe revisar cada caso particular sin dejar a un lado que la demandante no puede estar exonerada de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional toda vez que no se encuentra disminuida en su capacidad para celebrar actos y contratos, y teniendo en cuenta que de su elección dependería su futuro pensional, fue negligente frente a este aspecto. Indica la demandante tampoco hizo uso de los mecanismos legales para dejar sin efecto la afiliación al RAIS que están contenidos en el mismo formulario como son el retrato y la recisión.

Por otro lado señala, se debe tener en cuenta el tema de la sostenibilidad financiera al sistema previsional y el mismo principio constitucional contemplado

en el artículo 48 de la Constitución por cuanto dicha declaración de ineficacia va a afectar el patrimonio público y se tendría que pagar la pensión que llegara a percibir la demandante, pues su ahorro fue de forma individual y no financió las pensiones del régimen de prima medio, iterando su ahorro no será suficiente para financiar su propia pensión (*Audio archivo 4 expediente digital, record: 32:09*)<sup>1</sup>.

A su turno, COLFONDOS apela de manera parcial la decisión en punto a la condena de la devolución de los gastos de administración debidamente indexados, indicando no ser factible tal devolución como quiera que su destinación ya fue cumplida durante el tiempo de permanencia de la accionante en el RAIS, señalando la sentencia no puede ser ajena a las realidades fácticas que se generaron en el presente caso, teniendo en cuenta que su representada cumplió con el deber legal que le asistía de administrar la cuenta de ahorro individual de la demandante y gracias a esas gestiones e inversiones que realizó, fue que se produjo unos rendimientos en la cuenta de ahorro individual, que en este momento estar coadyuvando a incrementar el capital de su ahorro.

En cuanto a la indexación, se señala que no es posible ordenar que la devolución de dichos descuentos se realice de manera indexada en razón que dicha actualización monetaria no se pretendió con la demanda, no fue materia de debate probatorio en el presente proceso aunado a que la obligación del presente caso entraña únicamente una prestación de hacer y no de dar o cancelar una suma de

---

<sup>1</sup> Me permito expresamente interponer el recurso de apelación contra el fallo que se acaba de proferir toda vez que no se comparte el criterio del despacho por cuanto la declaración de ineficacia afecta conlleva consecuencias que afectan el patrimonio de la entidad que represento colpensiones, porque si bien es cierto existe un criterio jurisprudencial en la Corte Suprema de Justicia no es menos cierto que debe analizarse cada caso en particular por ello debe tenerse en cuenta los actos de la hoy demandante y por cuanto la hoy demandante no puede estar exonerada de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional toda vez que no se encuentra disminuida en su capacidad para celebrar actos y contratos y teniendo en cuenta que de su elección dependería su futuro pensional, es decir, fue negligente frente a este aspecto.

Ahora bien la hoy demandante tampoco hizo uso de los mecanismos legales para dejar sin efecto la afiliación al RAIS que están contenidos en el mismo formulario como son el retrato y la recisión asimismo es menester tener en cuenta el pronunciamiento de la Corte Constitucional sentencia C-242 de 2009 magistrado ponente el Dr. Mauricio González Cuervo respecto al tema de la sostenibilidad financiera al sistema previsional y el mismo principio constitucional contemplado en el artículo 48 de la Constitución, adicionado por el artículo primero del acto legislativo número 1 del 2005 debo reiterar y recalcar el principio de que el interés general debe primar sobre el particular, por cuanto dicha declaración de ineficacia va a afectar el patrimonio público por cuánto tendría que pagar la pensión que llegara a percibir la parte la hoy demandante y ya que su ahorro fue de forma individual no financió las pensiones del régimen de prima medio y su propio ahorro no será suficiente para financiar su propia pensión por lo tanto debo solicitar a la sala del Tribunal Superior de Bogotá se revoque el fallo de primera instancia y se absuelva la entidad que represento.

dinero alguna, considerando no es aplicable el reconocimiento oficioso de la misma (*Audio archivo 4 expediente digital, record: 36:20*)<sup>2</sup>

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 9 y 10, archivo 1 Expediente Digitalizado*), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 6 a 8 ibídem*), aspirando de manera principal se declare nula e ineficaz la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuada a la AFP COLFONDOS, en consecuencia, se condene a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar y a Colpensiones activar su afiliación y a recibir la totalidad 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**

---

<sup>2</sup> Estando dentro de la etapa procesal correspondiente interpongo recurso apelación parcial contra la sentencia proferida por su honorable despacho para que el Honorable Tribunal revoque la condena impuesta a mi representada tendiente a la devolución de gastos de administración debidamente indexados, sustento el recurso de apelación indicando que no es factible que mi representada devuelva los gastos administración que contempla el artículo 20 de la ley 100 de 1993 como quiera que su destinación ya fue cumplida durante todo el tiempo de permanencia de la señora María Mireya Aguirre Avendaño con mi representada desde el momento de su afiliación esto es desde el año 1994. Téngase en cuenta que el artículo 20 de la ley 100 de 1993 establece que existen 3 ítem de los cuales al indicarse que se deben devolver a estar incluidos los costos los gastos de los seguros previsionales y asimismo los reaseguros de poca fe, en ese sentido pues la sentencia no puede ser ajena a las realidades fácticas que generaron en el presente caso teniendo en cuenta que mi representada cumplió con el deber legal que le asistía de administrar la cuenta de ahorro individual de la señora demandante gracias a esas gestiones e inversiones que realizó fue que le produjeron unos rendimientos en la cuenta de ahorro individual que en este momento estar coadyuvando a incrementar el capital de su ahorro, por tal motivo se avoca al principio constitucional tanto de equidad y de Justicia pues no se entiende cómo se desconoce el trabajo de mi representada al administrar la cuenta de ahorro individual y pero si se le conoce los rendimientos que le generó por dichas gestiones por tal motivo pues él estaría vulnerando a mi representada las restituciones mutuas, porque por un lado se les ordena devolver los rendimientos pero por el otro lado se le desconoce el trabajo que realizó colfondos pensiones y cesantías.

En cuanto a la indexación pues se señala que no es posible ordenar que la devolución de dichos descuentos se realice de manera indexada en razón que dicha actualización monetaria no se pretendió con la demanda y se (sic) con la contestación de lo que se sigue que la indexación de las sumas por trasladar no fue materia de debate probatorio en el presente proceso y siendo que la obligación del presente caso entraña únicamente una prestación de hacer y no de dar o cancelar una suma de dinero alguna, no es aplicable en este punto el reconocimiento oficioso de la misma por cuánto se estaría vulnerando el debido proceso de Colfondos pensiones y cesantías.

Dejó así sustentado mí recurso de apelación retirándolo en lo ya manifestado para que el honorable tribunal sala laboral de Bogotá revoquen esas condenas impuestos en mi representada muchas gracias.

pensional realizado por la actora a COLFONDOS, declaró válidamente vinculada a la demandante en el régimen de prima media; condenó a COLFONDOS S.A a devolver a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, junto a sus rendimientos incluidos intereses y comisiones, sin descontar los gastos de administración, disponiendo tal devolución debidamente indexada.

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, 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<sup>3</sup>.

Así las cosas, se tiene como fecha de nacimiento de la actora el 5 de febrero de 1964 (*Conforme se registra en la copia de la cédula de ciudadanía Página 17, Archivo 1 Expediente Digitalizado*), por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2021, procediendo a solicitar su traslado mediante las peticiones elevadas ante COLPENSIONES y COLFONDOS los días 22 y 30 de noviembre del 2018 respectivamente, (*páginas 72 a 74 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

---

<sup>3</sup> 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 2°, 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”.

1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 383.15 semanas cotizadas al sistema que corresponden a 7 años, 5 meses y 12 días (*Historia Laboral aportada por Colpensiones y actualizada al 13 de julio del 2018, Archivo 3 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 **24 de junio de 1994** con fecha de efectividad a partir del **1° de julio de 1994** (*Páginas 142 y 144, 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<sup>4</sup>, 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).

---

<sup>4</sup> 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.

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<sup>5</sup>, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

***“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.***

(…)

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión

(…).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

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

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

---

Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la accionante (Audio Archivo 4 record: 17:30) 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, y que sus aportes 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 da a entender que la actora conocía dicho régimen pensional y menos aún, las implicaciones de su traslado.

Nótese, de lo relatado por la demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que COLFONDOS 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 COLFONDOS (*Página 144 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.

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.º 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:

| Etapas acumulativas                                            | Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar                                                                                                                                                                                                                             | 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.º 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.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009. Decreto 2241 de 2010.                                                                                                                                                                                                                  | Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. |
| Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría. | Ley 1748 de 2014. Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015. Circular Externa n.º 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 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 **(24 de junio de 1994, efectivo el 1 de julio 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.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de COLFONDOS, 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, ésta Sala de Decisión adicionará el numeral tercero del fallo de primer grado, en cuanto a que además de la devolución de los rendimientos y gastos de administración, COLFONDOS también deberá retornar las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia<sup>6</sup>, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores

---

<sup>6</sup> Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.

utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades<sup>7</sup>, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada 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 dada por la Juez de primer grado de disponer el pago debidamente indexado objeto de apelación por parte de COLFONDOS S.A. , es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación, 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 adocrinó 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*

---

<sup>7</sup> Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

*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).*

Y 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 la 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 COLFONDOS 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<sup>8</sup> (Páginas 185 a 187, 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.

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 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,

---

<sup>8</sup> Se tuvo por contestada la demanda en auto del 19 de marzo del 2021, archivo 1 expediente digital página 204.

## RESUELVE

**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral **TERCERO** del fallo de primer grado, para ordenar a COLFONDOS S.A. devolver a COLPENSIONES además de los gastos de administración y rendimientos, 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: CONFIRMAR en lo demás** la sentencia proferida por el Juzgado de primer grado, 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 JOSÉ DANIEL  
GONZÁLEZ HERRERA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE  
PENSIONES – COLPENSIONES-, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. (RAD.  
21 2020 00413 01)**

Bogotá D.C. veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado a las partes para alegar de conclusión, 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 las demandadas PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez 21 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 2 de junio de 2022 (*Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 1:15:23 Archivo 23 expediente digital*), en la que se resolvió:

**“PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor JOSÉ DANIEL GONZÁLEZ HERRERA al régimen de ahorro individual el 13 de abril de 1994, con fecha de efectividad a partir del 1º de mayo del mismo año por intermedio de PENSIONES Y CESANTÍAS COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., quedando afectado por la ineficacia también el traslado realizado con PORVENIR S.A.; en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES.

**SEGUNDO: CONDENAR** a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación del 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 del señor JOSÉ DANIEL GONZÁLEZ HERRERA. Para ello se concede el término de un (1) mes. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

**TERCERO: CONDENAR** a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES, dentro del término de un mes siguiente a la ejecutoria de esta decisión, la totalidad de los dineros que descontó de los aportes realizados por el señor JOSÉ DANIEL GONZÁLEZ HERRERA por motivo de gastos y comisión de administración, aporte de la garantía de la pensión mínima, seguros previsionales y lo descontado por concepto de traslado, debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos y utilidades.

**CUARTO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

**QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, conforme a lo motivado.

**SEXTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA** a cargo de la AFP PROTECCIÓN S.A y a favor del demandante. Líquidense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.700.000. Sin costas frente a COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

**SÉPTIMO: CONSÚLTESE** esta decisión CON EL SUPERIOR, por ser adversa a los intereses de la parte demandante.”

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

Así, en primer lugar, PROTECCIÓN, apeló de manera parcial la decisión en cuanto al condena correspondiente a la devolución de gastos de administración y seguro previsional, expresando que conforme a lo dispuesto en la línea jurisprudencial, del precedente emanado de la Corte Suprema de Justicia, lo que trae consigo la declaración de la ineficacia en estos casos es propiamente asumir la inexistencia del traslado de régimen pensional y en esa medida ante una afiliación inexistente son también inexistentes los actos que son accesorios a esta filiación como acto principal. Por ello, deberían tenerse como inexistentes los conceptos que se descontaron como gastos de administración, de seguro previsional y también inexistentes los rendimientos pues solo habría lugar a trasladar con destino a Colpensiones lo correspondiente a las cotizaciones íntegras, como si el afiliado las hubiera aportado directamente hacia Colpensiones y no habría lugar entonces a trasladar suma dinero alguno por concepto de rendimientos.



Expresa que desde otra óptica habría lugar a trasladar con destino a Colpensiones lo correspondiente a capital junto con rendimientos, pero sin una condena adicional por concepto de gastos de administración y seguro previsional, pues estas sumas de dinero hubiesen sido también descontadas por parte de Colpensiones o en su momento, también del Instituto de los Seguros Sociales, aunado a que son sumas de dinero que ya han cumplido con su finalidad o con la destinación legal con la cual fueron creadas por parte del legislador colombiano y en este sentido trasladarlas de manera conjunta implicaría un enriquecimiento sin causa por parte de esa entidad y un detrimento patrimonial significativo, además que lo causado por concepto de rendimientos supera muy significativamente lo que se descontó por concepto de gastos de administración y seguro previsional. *(Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 1:17:26 Archivo 23 expediente digital)*<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Muchas Gracias señora Juez por parte de PROTECCIÓN me permito manifestar muy respetuosamente ante el despacho, que me aparto de la decisión que acaba de ser proferida por el mismo y en consecuencia interpongo el recurso de apelación, se precisa que este recurso se presenta de manera parcial y concretamente en contra de labor impartida PROTECCIÓN S.A. de trasladar con destino a COLPENSIONES lo correspondiente a gastos de administración y seguro previsional, se sustenta este recurso en los siguientes términos: es claro señores magistrados e igualmente, señora Juez, que conforme a lo dispuesto en la línea jurisprudencial, el Precedente emanado de la Corte Suprema de Justicia, lo que trae consigo la declaración de la ineficacia en estos casos es propiamente asumir la inexistencia del traslado de régimen pensional. Entonces, debemos procurar llegar a una condena que resulte congruente con ese efecto que se persigue por la parte actora. Y por ello es que se sugiere muy respetuosamente a los honorables tribunales analizar nuevamente esta decisión y ubicarnos en uno de los panoramas que a continuación procedo a exponer y claramente entonces modificarla en estos términos. El primero es asumir que, en efecto, la afiliación del demandante, el RAIS, no existió y en contraposición, se mantuvo vinculado a Colpensiones otorgar Instituto a los Seguros Sociales, bajo esta óptica, entonces se echa de menos que se haga una aplicación uniforme de la figura jurídica correspondiente a la ineficacia, pues se tiene en la decisión que acaba de ser proferida, que se declara ineficaz y, por consiguiente, inexistente, ese acto principal que es la filiación. Pero seguimos considerando existentes actos que surgieron de la vida jurídica como mera consecuencia de esa filiación. Es precisamente entonces el caso en lo referente a los rendimientos generados en la cuenta ahorro individual del demandante e igualmente a lo que se cobró por concepto de cuotas de administración y seguro previsional. Bajo esta óptica y procurando una aplicación uniforme de esa figura jurídica que se trajo a colación. Lo correspondiente entonces sería asumir que ante una afiliación inexistente son también inexistentes los actos que son accesorios a esta filiación como acto principal. Por ello, entonces deberían tenerse como inexistentes los conceptos que se descontaron como gastos de administración de seguro previsional y también inexistentes los rendimientos. En este sentido, ante una filiación que no existe, rendimientos inexistentes y afiliación inexistente y descuentos inexistentes, habría lugar a trasladar con destino a Colpensiones lo correspondiente a las cotizaciones íntegras, como si el afiliado las hubiera aportado directamente hacia Colpensiones y no habría lugar entonces a trasladar suma dinero alguno por concepto de rendimientos, pues es una función administrativa y fiduciaria que en este momento se está tomando por inexistente. Un segundo panorama es asumir igualmente que la afiliación del demandante al RAIS nunca se dio y que, en contraposición, se mantuvo vinculado al régimen de prima media. Sin embargo, podría considerarse entonces que los rendimientos y generaba los mismos términos bajo la administración de Colpensiones, y en este sentido, entonces hubiese lugar a trasladar con destino a Colpensiones lo correspondiente a capital junto con rendimientos, pero sin haber una condena adicional por concepto de gastos de administración y seguro previsional, pues en primer lugar estas sumas de dinero hubiesen sido también descontadas por parte de Colpensiones o en su momento, también del Instituto de los Seguros Sociales. Además, son sumas de dinero que ya han cumplido con su finalidad o con la destinación legal con la cual fueron creadas por parte del legislador colombiano y en este sentido trasladarlas de manera conjunta implicaría un enriquecimiento sin causa por parte de esa entidad y un detrimento patrimonial significativo, no solamente para mi representada, sino también para los empleados aquí presentes. En este orden de ideas, entonces se reitera que se plantean estos dos panoramas con la finalidad de llegar a una condena que resulte congruente con ese efecto que se persigue por la parte que además ha sido adecuadamente acogido por el por el despacho y en ese sentido, entonces se insiste que debe buscarse la aplicación uniforme de la figura jurídica traída a colación. Téngase en

A su turno, PORVENIR señala que el traslado efectuado por el demandante al RAIS tiene plena validez, y que si bien ya existe un precedente planteado por parte de la Honorable Corte Suprema de Justicia, no se puede aplicar de manera homogénea en todos aquellos procesos en donde se busque la declaratoria de nulidad o ineficacia de la filiación por incumplimiento del deber de información, pues claramente debe haber una similitud de las condiciones fácticas de cada caso, manifestando en el presente asunto el demandante realizó válidamente su traslado de régimen pensional y de conformidad con todas las normas legales vigentes para la fecha en que se estructuró el mismo, lo hizo de manera voluntaria, libre, consciente y sin que hubiese mediado algún tipo de presión o apremio de una naturaleza por parte de los fondos privados a los cuales éste se ha encontrado vinculado.

Indica que no puede entenderse que la suscripción o firma del formulario solamente implique la aceptación de las condiciones del régimen y que el mismo no denote de manera irrefutable el conocimiento que el afiliado tenía sobre los beneficios, las condiciones y además las consecuencias que acarrearía su traslado al régimen pensional, pues de conformidad con las normas legales vigentes para la fecha en que se dio este traslado, se tiene que por expresa disposición legal era a través de dichos formularios que los fondos privados cumplían con ese deber de información expuesto por parte del legislador.

En lo que respecta a la condena de devolver conjuntamente los rendimientos financieros y además los gastos de administración a los que fue condenada la AFP PORVENIR S.A, se aparta de la misma ya que con la decisión tomada se debe entender que los frutos que fueron dados por la correcta administración de los recursos del demandante, es decir, los rendimientos financieros tampoco se han generado, advirtiendo los rendimientos financieros, al ser privativos en el régimen de ahorro individual con solidaridad, pondrían al demandante en una condición distinta a la que se encontraría en caso de que hubiese permanecido afiliado al régimen de prima media, toda vez que recibirá dineros que no se crean en este régimen pensional, aduciendo que las sumas que fueron destinadas a cubrir los gastos de administración que ya se agotaron o se extinguieron por haber

---

cuenta, además, que lo causado por concepto de rendimientos supera muy significativamente lo que se descontó por concepto de gastos de administración y seguro previsional y nuevamente ello entonces da pie para pensar que lejos de que en detrimento patrimonial bien fuera Colpensiones o el demandante, ambos estarían beneficiando ostensiblemente de esa función fiduciaria que han venido efectuando los fondos de pensiones aquí presentes en estos términos. Entonces, señores Magistrado, le solicito tener a bien estos argumentos y que sea modificada la decisión conforme a lo expuesto. Muchas gracias.

sido destinadas al cumplimiento de su objetivo, y en cuanto a los porcentajes que fueron destinados a cubrir los seguros de invalidez y de sobrevivencia, sostiene que esos dineros ya también fueron trasladados a las respectivas aseguradoras que fueron contratadas por parte de la AFP PORVENIR S.A. y frente a los cuales el demandante tuvo durante su vinculación a ese fondo privado, una cobertura frente a los eventuales riesgos de invalidez y de muerte, es decir, cumplieron con la finalidad establecida en la misma ley. *(Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 1:21:51 Archivo 23 expediente digital)*<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Muchas gracias, su Señoría, encontrándome dentro la oportunidad procesal pertinente de manera muy respetuosa, me permito interponer recurso de apelación en cuanto a la decisión de instancia solicitándole al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral revocar en su integridad la presente decisión de conformidad con las siguientes consideraciones: En primer lugar, debe decirse que sí, ya que si bien ya existe un precedente planteado por parte de la Honorable Corte Suprema de Justicia, también esta corporación indica que el mismo no se podrá aplicar de manera homogénea en todos aquellos procesos en donde se busque la declaratoria de nulidad o ineficacia de la filiación por incumplimiento del deber de información, pues claramente debe haber una similitud de las condiciones fácticas de cada caso. Situación, pues no se da para mi representada en el asunto que ahora nos ocupa, toda vez que el demandante realizó válidamente su traslado de régimen pensional y de conformidad con todas las normas legales vigentes para la fecha en que se estructuró el mismo, toda vez que éste lo hizo de manera voluntaria, libre, consciente y sin que hubiese mediado algún tipo de presión o apremio de una naturaleza por parte de los fondos privados a los cuales éste se ha encontrado vinculado, y bien, pues debe decirse que si bien no se desconoce que este deber de información ha existido desde la misma creación de los fondos privados, también vale la pena aclarar que está tenido un desarrollo tanto legal como jurisprudencial progresivo, que generalmente ha venido siendo más exigente de información con el pasar de los años, por lo que debe decirse que el mismo no exige una información en los términos que fueron reclamados en la demanda y además argumentados en el cuadro de primera instancia, puesto que es una información tan rigurosa que se le exige a los fondos privados únicamente vino a ser determinada con mucha posterioridad a la edad de estructuración de este acto jurídico. Por otro lado, también vale la pena señalar que no puede entenderse que la suscripción o firmar el formulario solamente implique la aceptación de las condiciones del régimen y que el mismo no denote de manera irrefutable el conocimiento que el afiliado tenía sobre los beneficios, las condiciones y además las consecuencias que acarrearía su traslado al régimen pensional, o además, que este documento no sea considerado como un medio probatorio suficiente para acreditar la existencia de una voluntad libre y consciente de la persona, de afiliarse al Fondo Privado, de conformidad con lo establecido de dos artículos 13 y 114 de la Ley 100 del 93. Pues, de conformidad con las normas legales vigentes para la fecha en que se dio este traslado, se tiene que por expresa disposición legal, era a través de dichos formularios y además las tendientes que se encuentran allí señalados, que los fondos privados cumplían con ese deber de información expuesto por parte del legislador. En ese sentido pues debe decirse que en el caso que nos ocupa no existió alguna vulneración de los derechos del actor.

Ahora bien, en lo que respecta a la condena de devolver conjuntamente los rendimientos financieros y además los casos de administración a los que fue condenada la AFP PORVENIR S.A, mi representada se deberá apartar respetuosamente de ésta. Pues bien, pues no resulta coherente que se aplique o se declare la ineficacia en unos sentidos y en otros no, toda vez que se recuerda que la consecuencia de la aplicación de esta figura jurídica, tal como la ha manifestado incluso la Corte Suprema de Justicia, ha sido declarar que en negocio jurídico no se ha celebrado jamás, entonces, bajo ese entendido se tendría que los frutos que fueron dados por la correcta administración de los recursos de la demandante, es decir, los rendimientos financieros tampoco se han generado así mismo, cabe advertir que los rendimientos financieros, al ser privativos en régimen de ahorro individual con solidaridad, pondrían a la demandante en una condición distinta a la que se encontraría en caso de que hubiese permanecido afiliado al régimen de prima media, toda vez que recibirá dineros que no se generan en este régimen pensional, yendo entonces en contravención a lo establecido por el artículo 897 del Código de Comercio, aunado en lo señalado anteriormente, debe decirse honorables magistrados que no tiene ningún sentido y que además no corresponde con las normas legales que gobiernan las restituciones mutuas que la persona a la cual se ordena restituir o devolver un bien, en este caso una suma que fueron depositadas en una cuenta, como lo es en los rendimientos financieros. Igualmente, también deba devolver esas sumas que invirtió para poder mantener ese bien, incluso para poder incrementarlo en cumplimiento de mandatos legales que además se encontraba obligado a acatar mi representada. Es claro entonces que las sumas que fueron destinadas a cubrir los gastos de administración que ya se agotaron o se extinguieron por haber sido destinadas al cumplimiento de su objetivo, que es nada más que manejar los fondos y además las cuentas individuales de todos y de cada uno de los afiliados y de garantizar una rentabilidad mínima tal y

Finalmente, COLPENSIONES en la alzada sostiene que el demandante realizó su traslado al RAIS de manera libre, voluntaria sin presiones indebidas y de conformidad lo establecido en el artículo 13 de la ley 100 de 1993 en su literal B.

Expresa que la más afectada con la decisión es tal entidad en punto a la sostenibilidad del sistema pensional y más cuando la afiliación se dio para el año de 1994, queriendo decir esto que se configura en imposible probar las circunstancias que rodearon la suscripción del traslado, fecha para la cual no era obligatorio dejar un registro documental del mismo, señalando que los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para poder probar el conocimiento libre y voluntario sin presiones e informado por cuanto las leyes que surgieron entre el año de 1993 y 2014, no exigían nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de querer pertenecer al Régimen de Ahorro Individual.

Solicita que en caso de conformarse la decisión se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de COLPENSIONES previo al cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas sobrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante como son las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales y gastos de administración y los demás que a los hubieran lugar debidamente indexados por el periodo en que permaneció afiliado al fondo privado el demandante, como quiera que no se podrá dar cumplimiento a los fallos hasta tanto las AFP no reintegren los recursos.

De la misma manera, peticiona no se condene en costas toda vez que no participó en el acto que se presume ineficaz y es un tercero al que se le causa un daño justificado por un contrato entre dos partes ajenas a COLPENSIONES. *(Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 1:29:41 Archivo 23 expediente digital)*<sup>3</sup>

---

como lo exige la misma ley 100 del 93. Por otro lado, pues debe decirse que en lo que corresponde a los porcentajes que fueron destinados a cubrir los seguros de invalidez y de sobrevivencia, deberá tenerse en cuenta que esos dineros ya también fueron trasladados a las respectivas aseguradoras que fueron contratadas por parte de la AFP PORVENIR S.A. y frente a los cuales el demandante tuvo durante su vinculación a este fondo privado, una cobertura frente a los eventuales riesgos de invalidez y de muerte. Es decir, que las mismas también cumplieron con la finalidad establecida en la misma ley 100 del 93, por lo que tampoco resulta pertinente una eventual devolución de dichos montos. En los anteriores términos dejo sustentado mi recurso de apelación. Muchas gracias.

<sup>3</sup> Gracias su señoría, de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación ante el honorable Tribunal Sala Laboral de Bogotá para que así revoque de manera total el fallo acabado de proferir por el juez de primera instancia y es de tener en cuenta que el demandante realizó su traslado al RAIS de manera libre, voluntaria sin presiones indebidas y de conformidad lo establecido en el artículo 13 de la ley 100 de 1993 en

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 7 y 8, archivo 1 expediente digital), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (Páginas 1 a 7 ibídem), aspirando de manera principal se declare la nulidad de la afiliación efectuada del RPM al RAIS el 13 de abril de 1994 ante COLMENA hoy PROTECCIÓN, como también la realizada a PORVENIR, en consecuencia se ordene a ésta última retornar todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y rendimientos causados, se ordene a COLPENSIONES a recibirlo en el RPM y mantenerlo afiliado sin solución de continuidad, costas 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 efectuado por el demandante a COLMENA hoy PROTECCIÓN el 13 de abril de 1994, en consecuencia, condenó a trasladar a tanto a dicha AFP como a PORVENIR (como actual administradora de pensiones en donde se encuentra afiliado el actor) a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación

---

su literal B, con respecto a la carga de la prueba pues resulta desproporcional colocar la carga de la prueba en las AFP y pues aún más en particular en COLPENSIONES teniendo en cuenta que es la más afectada en lo atinente a la sostenibilidad del sistema pensional máximo cuando la afiliación se dio aproximadamente hace más de dos décadas para el año de 1994, queriendo decir esto que se configura un imposible probar las circunstancias que rodearon la suscripción del traslado, fecha para la cual no era obligatorio dejar un registro documental del mismo, respecto del deber de información pues el precedente de la Corte Suprema de Justicia, utiliza como norma para la aplicación del deber de información el decreto 663 de 1993, sin embargo, este deber solo se materializó a través de la ley 1748 del 2014 y el decreto 2071 del 2015, pues los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para poder probar el conocimiento libre y voluntario sin presiones e informado por cuanto las leyes que surgieron entre el año de 1993 y 2014, no exigían nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de querer pertenecer al Régimen de Ahorro Individual siendo pues el caso aquí de la parte demandante, el cual suscribió el formulario y realizó el traslado para el año de 1994 con la AFP COLMENA. De manera subsidiaria y en caso de no acogerse a los argumentos expuestos por mi representada y la sala confirme la providencia objeto de alzada, solicito muy respetuosamente a los honorables magistrados que se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de COLPENSIONES previo al cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas sobrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante como son las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales y gastos de administración y los demás que a los hubieran lugar debidamente indexados por el periodo en que permaneció afiliado al fondo privado el demandante, como quiera que mi representada no podrá dar cumplimiento a los fallos hasta tanto las AFP no reintegren los recursos. En igual sentido solicito a los honorables magistrados no condenen en costas a mi representada toda vez que no participo en el acto que se presume ineficaz y es un tercero al que se le causa un daño justificado por un contrato entre dos partes ajenas a COLPENSIONES. En ese sentido dejo sustentado mi recurso y muy respetuosamente solicito se absuelva COLPENSIONES y de todas y cada una de las condenas interpuestas en su contra. Gracias”

del 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 del 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 COLMENA no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con el demandante, al momento del traslado, precisando ni tan siquiera 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<sup>4</sup>.

Así las cosas, se registra en la cedula de ciudadanía como fecha de nacimiento del actor el 8 de septiembre de 1966 (*Página 95 Archivo 1 Expediente Digitalizado*), por lo que la edad de 62 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2028, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 23 de abril del 2020 y ante PROTECCIÓN y PORVENIR el 8

---

<sup>4</sup> 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 2°, 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”.

de julio del 2020 (*Páginas 106 a 121, 118 a 123 y 132 a 138 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, contaba apenas con 105,71 semanas equivalentes a 2 años y 20 días (*Historia Laboral válida para bono pensional, pagina 104 archivo19 expediente digital*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **13 de abril de 1994** con fecha de efectividad a partir del **01 de mayo de 1994** (*Páginas 33 y 34 archivo 7 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<sup>5</sup>, 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:*

---

<sup>5</sup> 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 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<sup>6</sup>, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de

---

<sup>6</sup> “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, raditaciones 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”.*

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***

---

*“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.

*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 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 (*Audiencia del 2 de junio del 2022, Record: 20:20*), no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado, pues de hecho aseguró que quien intervino en la afiliación fue la oficina de recursos humanos de la entidad donde ingresó a laborar y en ese orden para la Sala los argumentos del accionante solo reafirman el incumplimiento de la AFP de sus deberes legales como administradora de pensiones, pues denotan la ausencia de una asesoría real y efectiva por parte de esa entidad al demandante para efectuar el traslado de régimen, pues aunque no mediaron en la afiliación a través de sus asesores, igual le dieron trámite a la misma.

Dicho deber tampoco se advierte probado del interrogatorio absuelto por el representante legal de PROTECCIÓN (*Audiencia del 2 de junio del 2022, Record: 16:23*) toda vez que no le consta directamente como se efectuó la afiliación y solo cuenta con el formulario de afiliación como soporte de la asesoría brindada al convocante.

A efecto de zanjar cualquier duda y para resolver las apelaciones de PORVENIR y COLPENSIONES en este punto, debe señalarse 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 33, archivo 7 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 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 susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

Respecto al comunicado de prensa (*Páginas 42 a 44 archivo 7 expediente digital*) es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no supele 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 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.º 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:

| <b>Etapas acumulativas</b>                                     | <b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</b>                                                                                                                                                                                                             | <b>Contenido mínimo y alcance del deber de información</b>                                                                                                                                                                                                                                                  |
|----------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Deber de información                                           | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993<br>Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003<br>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.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009<br>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<br>Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015<br>Circular Externa n.º 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 COLMENA hoy PROTECCIÓN 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 PROTECCIÓN, omitió en el momento del traslado de régimen **(13 de abril de 1994, efectivo el 01 de mayo 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.

Por otro lado, es menester precisar, no tiene incidencia alguna que el actor no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias

no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen. Al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

Tampoco incide el hecho que el demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (*Página 25 Archivo 16 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 como también de PORVENIR como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor (*ver certificado página 50 archivo 16 expediente digital*), 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<sup>7</sup>, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los 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 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 a Colpensiones en cuanto al principio de la sostenibilidad financiera la Máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de

---

<sup>7</sup> Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.

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. y PORVENIR, 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 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 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<sup>8</sup> (Páginas 32 y 32, 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.

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

---

<sup>8</sup> Se tuvo por contestada la demanda en auto del 10 de junio de 2022, archivo 9 expediente digital.

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 transcurso 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 petición realizada por COLPENSIONES de condicionar el cumplimiento de las órdenes impuestas en su contra al previo acatamiento de lo dispuesto a cargo de las AFP demandadas, baste con indicar, la acción de “recibir”, en un entendimiento lógico y obvio no puede materializarse si no hay algo que se entregue, siendo claro que sólo a partir del momento en que ingresen la información y dineros que traslade la AFP al RPM, podrá hacer las actualizaciones respectivas dentro de la historia laboral, lo que hace innecesaria precisión o condicionamiento alguno en la parte resolutive de la providencia.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado de primer grado, 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 HUMBERTO GUTIÉRREZ MORA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO Y PATRIMONIO AUTONOMO DEDREMANENTES DEL BANCO DEL ESTADO - FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. (RAD. 22 2017 00755 02).**

Bogotá D.C., Veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado para presentar los alegatos de conclusión, 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

**S E N T E N C I A**

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida por la Juez Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 11 de octubre de 2021 (Exp. Digital: «019SentenciaPrimeraInstancia.pdf», récord: 24:17), en la que se resolvió:

*«**PRIMERO: DECLARAR** probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, propuestas por las demandadas.*

***SEGUNDO: ABSOLVER** a las demandadas, Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Patrimonio Autónomo de Remanentes del Banco del Estado, Fiduciaria la Previsora y Colpensiones, de todas pretensiones incoada por el demandante.*

***TERCERO: CONDENAR EN COSTAS** a la parte demandante, se incluye como agencias en derecho la suma de cien mil pesos (\$100.000).*

**CUARTO:** en caso de no ser apelada la presente decisión por la parte actora, **CONSÚLTESE** a favor del demandante ante el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral».

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la parte actora presentó recurso de apelación, para que sea revocada la decisión en todas sus partes y se conceda al señor Humberto Gutiérrez Mora la pensión de vejez bajo el Acuerdo 049 de 1990 o bajo la Ley 100 de 1993, pues para el momento en que el señor Humberto Gutiérrez Mora se retira en el año 1999, no estaba en vigencia el Acto Legislativo 01 del 2005, de tal modo, es posible verificar el requisito de la edad en cualquier momento, pues no existía antes ninguna disposición sobre el tema.

Sostuvo, en caso de confirmarse la decisión, se estudie el reconocimiento de la pensión bajo el Decreto 1848, esto en el entendido que efectivamente el señor Humberto Gutiérrez Mora si tiene derecho al reconocimiento de la misma, pues los requisitos de la edad y el tiempo y demás, están visible en la norma y por ende, por ser la pensión irrenunciable y además, por haberse presentado un retiro voluntario, el cual se dijo injusto en un principio por haber sido coaccionado a afirmar una conciliación.

Igualmente solicitó se de aplicación analógica, bajo facultades ultra y extra petita, la ley 171 de 1961 en el entendido que, sin excepción en cuanto a haber afiliación o no, pues el retiro se produjo después de 15 años, habiendo lugar a dicho reconocimiento. Concluyendo, se le debe reconocer la pensión, ya sea bajo el Acuerdo 049 de 1990 o las pretensiones subsidiarias, frente demandas Ministerio de Hacienda o la Previsora y demás entes convocados en la demanda principal<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> **Récord 25:06:** Muchas gracias su señoría. En esta diligencia manifiesto que presentó recurso de apelación, el cual sustentó de la siguiente forma: solicitó para que en segunda instancia se revoque la totalidad de la sentencia, en el entendido que se conceda al señor Humberto Gutiérrez Mora la pensión en primera instancia, pensión de vejez bajo el Acuerdo 049 del 90 o bajo la Ley 100 del 93 del entendido de que, para el momento en que el señor Humberto Gutiérrez Mora se retira en el año 99, no estaba en vigencia aún el Acto Legislativo 01 del 2005, en el cual puso límite para cumplir el requisito de la edad para ser beneficiario de la misma, situación de la cual pues no se le puede tener en cuenta y pues el requisito de la edad pueda ser estudiada en cualquier momento, hasta cuando dicha hasta cuando él los cumpla, pues nada antes se ha referido al tema ninguna Ley en ninguna acto anterior.

Igualmente, en caso de que el Tribunal no lo considere así, igualmente se estudie y se revoquen el reconocimiento de la pensión bajo el Decreto 1848, esto en el entendido que efectivamente el señor Humberto Gutiérrez Mora si tiene derecho a reconocimiento de la misma, pues los requisitos de la edad y el tiempo y demás, están visible en la norma y por ende, por ser la pensión irrenunciable y demás, deberá reconocerse el mismo bajo los preceptos de que y bajo la claridad de que efectivamente se hace, que fue un retiro voluntario. Que, si bien inicialmente se dijo injusto en el entendido que prácticamente fueron coaccionados, el señor Humberto a afirmar dicha conciliación, en el entendido en el supuesto que a ellos les mencionaron que el Banco se iba a acabar y si no firmaban esa misma, no tendrían después quién le reconociera el pago de acreencias laborales, situación de la cual, si bien ya se dejó ese precedente que fue retiro voluntario, pues bajo ese entendido era que se había solicitado que era un retiro injusto.

## **CONSIDERACIONES**

**Constituyeron los anhelos del demandante, señor HUMBERTO GUTIÉRREZ MORA las pretensiones elevadas en las páginas 69 a 71 del Archivo «001ExpedienteDigitalizado.pdf», las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados en las páginas 71 a 73 ibídem,** pretendiendo principalmente se declare que laboró para el BANCO DEL ESTADO del 19 de noviembre de 1981 hasta el 30 de junio de 1999, siendo despedido sin justa causa en la liquidación del referido banco; que se encuentra amparado por el régimen de transición pensional de la Ley 100 de 1993 y Acto Legislativo 01 de 2005; en consecuencia, se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de una pensión de vejez en los términos del Acuerdo 049 de 1990 desde el 22 de septiembre de 2005, junto con intereses de mora, lo ultra y extra petita y costas del proceso. **Subsidiariamente,** se declare fue retirado del BANCO DEL ESTADO mediante despido indirecto; en consecuencia, se condene al Ministerio de Hacienda - Fiduciaria la Previsora S. A. al reconocimiento y pago de una pensión especial en concordancia con el numeral 3° del artículo 74 del decreto 1848 de 1969 desde el 22 de septiembre de 2015, junto a los intereses moratorios. **Obteniendo sentencia de primera instancia adversa a sus aspiraciones** por cuanto absolvió a la demandada de todas las pretensiones, tras considerar respecto a la pretensión principal que si bien el demandante es beneficiario del régimen de transición no alcanzó el cumplimiento de los requisitos antes del 31 de diciembre de 2014, razón por la cual no es procedente el reconocimiento en los términos solicitados, destacando, el Acto Legislativo estableció que el régimen de transición no podía extenderse más allá de esa fecha. Respecto a la pretensión subsidiaria, consideró no le asiste razón a la parte demandante al reconocimiento pensional bajo los presupuestos previstos en los numerales 2° y 3° del Decreto 1848 de 1969, pues en el primer caso se incluye como requisito la existencia de un despido

---

Igualmente bajo aplicación análoga, igualmente para qué y cómo se solicitó como pretensión, bajo facultades ultra y extra petita, la ley 171 de 1961 en el entendido que, dice y no excepciona que debe ser afiliación o no debe haber afiliación, simplemente dice que el retiro se produjere después de 15 años y tendrá derecho a dicho reconocimiento, situación de la cual, solicitó pues que también se estudie la misma para que al señor Humberto Gutiérrez Mora se le reconozca la pensión como lo dije inicialmente, bajo el Acuerdo 049 o bajo las pretensiones subsidiarias.

Conforme pues a lo anterior, dejó presentado y sustentado el recurso, igual para que en segunda instancia se condene inicialmente al Instituto de Seguros Sociales o las demandas subsidiarias, cómo sería el Ministerio de Hacienda o la Previsora y demás entes solicitados dentro de la demanda principal. Conforme a lo manifestado pues dejo presentado el recurso, muchas gracias.

injusto lo que en el caso de marras no tuvo lugar pues la terminación de la relación laboral sobrevino por la voluntad de las partes mediante un acuerdo conciliatorio; en el segundo evento, si bien el actor cumplía con el tiempo de servicios ante el Banco del Estado, la entidad lo afilió al sistema de pensiones durante todo el tiempo de la relación laboral, de modo que no se cumple con los requisitos establecidos legalmente para la causación de la anhelada pensión, en el caso específico, no haberse afiliado al trabajador durante la vigencia de la relación laboral al sistema de pensiones, pues el empleador subrogó el eventual reconocimiento pensional ante la entidad de pensiones.

Establecidos los antecedentes procesales se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto 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 appellatum*).

Así las cosas, los problemas jurídicos propuestos por el apelante, se pueden concretar en dos aspectos: de una parte, verificar si el actor tiene o no derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en los términos del Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición; en subsidio de lo anterior, verificar si hay lugar a la pensión consagrada en el numeral 3° del artículo 74 del Decreto 1848 de 1969 (pensión por retiro voluntario).

En ese orden, se verificará en primer lugar si el demandante es beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, beneficio que de acuerdo con la modificación introducida al artículo 48 de la Constitución Política, por medio del párrafo transitorio 4 del Acto Legislativo 01 de 2005<sup>2</sup>, tiene **dos límites** temporales, el primero de ellos, el 31 de julio

---

<sup>2</sup> "Párrafo 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"*

de 2010, término para que los beneficiarios del citado régimen acreditaran el cumplimiento de los requisitos de edad y semanas de cotización o tiempo de servicios con miras a que tales supuestos y el monto de la pensión de vejez, fueran los establecidos en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados; y el segundo, en el evento de acreditar 750 semanas de cotizaciones acumuladas a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo -29 de julio de 2005- el beneficiario del régimen de transición continuaría cobijado por el mismo hasta el año 2014.

De tal manera, en el expediente reposa copia de la cédula de ciudadanía del actor (Archivo 4 expediente administrativo aportado por Colpensiones) que da cuenta de su fecha de nacimiento el 22 de septiembre de 1955, 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 38 años de edad; no obstante para la misma data acumuló más de 15 años de servicios cotizados, esto es, 848 semanas equivalentes a **16 años, 3 mes y 1 días** conforme se consigna en la HISTORIA LABORAL aportada por Colpensiones. Por tanto, en principio SÍ sería beneficiario del régimen de transición, por lo menos hasta el 31 de julio de 2010, beneficio que mantuvo su vigencia hasta diciembre del 2014 por contar con más de 750 semanas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 (29/07/2005), debiéndose proceder entonces a la verificación del régimen que le sería aplicable a efecto de establecer sus requisitos y la acreditación de los mismos en el plenario antes del **31 de diciembre de 2014**, limite que como se dijo fue establecido por el acto legislativo 01 de 2005.

En cuanto al régimen anterior, se observa que el accionante durante su vida laboral ha efectuado cotizaciones a COLPENSIONES, desde el 03 de mayo de 1971, fecha que se consigna en citado el reporte de semanas cotizadas atrás citado, **por lo que el régimen anterior aplicable a la situación pensional del actor lo sería el contenido en el Acuerdo 049 de 1990**, que en su artículo 12 exige la edad de 60 años para el hombre y la acumulación de 500 semanas cotizadas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la misma o 1000 semanas en cualquier tiempo, eso sí, como se dijo, antes del 31 de diciembre del 2014.

En relación con el requisito de edad, encuentra la Sala que el señor GUTIÉRREZ MORA alcanzó los 60 años solo hasta el **22 de septiembre del 2015**, es decir, en fecha posterior a los dos límites establecidos en el Acto Legislativo 01 de 2005 -31 de julio de 2010 y 31 de diciembre del 2014-, razones por las cuales perdió el beneficio transicional que solo se mantuvo hasta el 2014, data para la cual se debía acreditar tanto la edad como las semanas exigidas para adquirir la pensión bajo el manto de la norma anterior a la Ley 100 de 1993, requisitos que como se vio no acreditó el accionante en tanto la edad requerida fue cumplida hasta el año 2015.

De otra parte, bueno resulta indicar, el demandante no contaba con un derecho adquirido, pues recuérdese solo puede predicarse un derecho adquirido en el evento de encontrar reunidos los requisitos previstos en la norma aplicable, que para el caso de marras es el aludido Acuerdo 049 de 1990, antes del 31 de diciembre de 2014, pues de ser así el derecho pensional, ingresaría al patrimonio del demandante y por ende se consolidaría en su favor un derecho adquirido.

Por otro lado, no sobra agregar, frente a los límites temporales establecidos por el Acto Legislativo 01 de 2005, estos no vulneran o desconocen los principios del derecho laboral, incluso éstos ya fueron objeto de estudio por la Honorable Corte Constitucional en la sentencia CC SU-555 del 24 de julio de 2014<sup>3</sup>. En ese orden basta con recordar que allí se indicó que el Acto

---

<sup>3</sup> «La Sala Plena de la Corte Constitucional estudió las acciones de tutela instauradas por María Cristina Ochoa Mendigaña y Marceliano Ramírez Yáñez contra el Banco de la República.; Alberto Rivera Arévalo, Mario Infante Bonilla, John Genoy Murillo, Jorge Omar Nieto Mora y Yolanda Moreno Rivera contra la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. –E.T.B.-y José Fernando Pabón Salcedo contra ECOPETROL S.A, quienes pretendían el reconocimiento de sus pensiones por fuera del marco del sistema general de pensiones y solicitaban la aplicación de cláusulas convencionales, más allá del término establecido en el Acto Legislativo 1 de 2005.

Como fundamento de lo anterior, los accionantes alegaban la necesidad de la aplicación directa e inmediata de una recomendación proferida por la Organización Internacional del Trabajo –OIT frente al Acto Legislativo 01 de 2005.

Sobre el particular, la Sala Plena de la Corte Constitucional reiteró que sólo las recomendaciones emitidas por el Comité de Libertad Sindical, debidamente aprobadas por el Consejo de Administración son vinculantes o de obligatorio cumplimiento para el Estado colombiano, y por tanto, la recomendación objeto de estudio es obligatoria. No obstante, ello no quiere decir que las autoridades nacionales no conserven un margen de interpretación y apreciación de las mismas para determinar su compatibilidad con el ordenamiento constitucional y para la adopción de las medidas concretas para hacerlas efectivas. De igual manera, recordó que de conformidad con la jurisprudencia constitucional, Comunicado No. 29. Corte Constitucional. Julio 23 y 24 de 2014 10 las demás recomendaciones expedidas por la OIT son directrices para la aplicación de los derechos laborales.

En consecuencia, en el caso concreto la Sala Plena de la Corte Constitucional consideró que la recomendación era obligatoria, pero en virtud del margen de interpretación fijó su alcance frente a los parágrafos del Acto Legislativo 01 de 2005 relacionados con el tema de las pensiones convencionales.

En primer lugar, señaló que las cláusulas relacionadas con pensiones contenidas en Convenciones Colectivas suscritas con anterioridad a la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, podían prorrogarse automáticamente hasta el 31 de julio de 2010, fecha límite impuesta por el artículo 48 de la Constitución.

Legislativo 01 de 2005 no desconoce la recomendación de la OIT relacionada con el respeto de los derechos adquiridos, determinándose que en los casos allí estudiados, los accionantes no contaban con derechos adquiridos ni con expectativas legítimas, nótese que para la causación de la pensión se exige no solo el cumplimiento de las semanas de cotización exigidas por la respectiva ley sino también la edad, distinto al entendimiento asignado a las pensiones restringidas, cuyo disfrute o exigibilidad se alcanza con el cumplimiento de la edad.

Así las cosas, como se ha venido señalando el demandante cumplió los 60 años de edad exigidos por el Acuerdo 049 de 1990 el 22 de septiembre del 2015 y en esa medida, teniendo en cuenta que los requisitos para adquirir la pensión refieren al cumplimiento de la edad y semanas de cotización para el 31 de diciembre de 2014, resulta claro para esta Sala de decisión, pese a la densidad de semanas de cotización del actor, lo cierto es que no se dio el cumplimiento de los dos requisitos y en consecuencia el demandante no cuenta con un derecho adquirido, razón por la cual y como se ha venido señalando dado que la edad la cumplió solo hasta el año 2015 su prestación pensional debe ser estudiada a la luz de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003, sin embargo, tampoco alcanza a configurar los requisitos que allí consagran, pues al año 2017 cuando alcanzó los 62 años de edad y a

---

*En segundo lugar, en relación con los derechos convencionales estableció las siguientes subreglas:*

- a) Se considerarán derechos adquiridos, aquellos surgidos de las convenciones vigentes antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y, a las que tengan acceso las personas que cumplieron los requisitos para esa misma época.*
- b) Se considerarán expectativas legítimas: (i) las de aquellos trabajadores que si bien no cumplieron los requisitos a la entrada en vigencia del Acto Legislativo, si lo hacían y se encontraban cobijados por convenciones celebradas antes del 29 de julio de 2005 y con fecha de vencimiento posterior al año 2005, o incluso hasta el 31 de julio de 2010, mientras éstas continuaran vigentes y, (ii) las de aquellos trabajadores que cumplieron los requisitos durante las prórrogas automáticas de las convenciones (vigentes) que se realizaron entre el 29 de julio de 2005 y el 31 de julio de 2010.*
- c) Finalmente, no se tendrá, ni siquiera como una mera expectativa, aquella situación que surja después de la fecha límite señalada en el Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, el 31 de julio de 2010. En efecto, el artículo 48 Superior, en el parágrafo transitorio 3, dispone: “En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010”.*

*En tercer lugar, frente al contenido de las recomendaciones señaló que la primera recomendación que la OIT dirige al gobierno colombiano consiste en que se mantengan hasta su vencimiento los efectos de las convenciones y pactos colectivos cuyo término haya sido fijado para una fecha posterior al 31 de julio de 2010. Esto es exactamente lo que establece la primera parte del parágrafo transitorio tercero cuando indica que “Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado”.*

*En ese entendido, con relación a las pretensiones de los accionantes la Sala Plena concluyó que el Acto Legislativo 01 de 2005 no desconocía la recomendación de la OIT relacionada con el respeto de los derechos adquiridos y en consecuencia, no se vulneraban los derechos invocados por los actores en sus demandas.*

*Finalmente, se determinó que en los casos objeto de estudio, los accionantes no contaban con derechos adquiridos ni con expectativas legítimas en la medida que cumplieron con los requisitos exigidos en las convenciones, cuando éstas ya no se encontraban vigentes, es decir, con posterioridad al 31 de julio de 2010».*

la fecha, únicamente contaba con 1.182 semanas, por tanto no hay lugar a conceder la prestación por vejez.

Ahora, en relación con la pretensión subsidiaria, de acceder al reconocimiento pensional en los términos del numeral 3 del artículo 74 del Decreto 1848 de 1969 (pensión por retiro voluntario), es de señalar que no existe controversia alguna en cuanto a que el demandante prestó sus servicios mediante contrato de trabajo al hoy liquidado Banco del Estado<sup>4</sup> desde el 29 de mayo de 1981 hasta el 22 de junio de 1981, del 31 de agosto de 1981 hasta el 15 de noviembre de 1981 y del 19 de noviembre de 1981 hasta el 30 de junio de 1999 (001ExpedienteDigitalizado, pág. 43), este último, según conciliatorio de fecha 02 de julio de 1999 (pág. 61, ibidem).

En ese sentido, y dado que no hay discusión sobre el hecho de que el vínculo laboral feneció el 30 de junio de 1999, esto es, cuando ya estaba en vigencia la Ley 100 de 1993, la norma que resulta aplicable es el artículo 133 *ibídem*, pues este tipo de prestación está determinada por la terminación del vínculo laboral. Así lo ha reiterado esta Corporación en múltiples sentencias, entre ellas, la CSJ SL2101-2018 en la que se dijo:

*«[...] no existe controversia alguna en cuanto a que el vínculo laboral feneció el 31 de diciembre de 2004, esto es, cuando ya estaba en vigencia la Ley 100 de 1993, razón por la cual, es su artículo 133 el que regula la pensión reclamada, pues como se ha reiterado por esta Sala, este tipo de prestaciones se causan o se estructuran a la terminación del vínculo laboral».*

A su turno, la Alta Corporación también ha dado alcance a la pensión contemplada tanto en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 ora el artículo 74 del Decreto 1848 de 1969, bajo el supuesto contemplado en su numeral 3º, armonizándolo con lo dispuesto en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, verbigracia, en la sentencia CSJ SL2832-2018<sup>5</sup>, al efecto precisó:

*«[...] el Instituto de Seguros Sociales no asumió el riesgo que a ella (pensión sanción) corresponde, ni sustituyó a los patronos en las obligaciones de pagarla. De un lado, porque las normas como se advirtió*

---

<sup>4</sup> En razón de la nacionalización ordenada mediante Resolución Ejecutiva 203 de 1982, el Banco del Estado, hoy liquidado, era una sociedad anónima de economía mixta del orden nacional, sujeta al régimen de empresa industrial y comercial del Estado, organizada como establecimiento de crédito, con personería jurídica, patrimonio autónomo y autonomía administrativa, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y sometida a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria.

<sup>5</sup> Criterio reiterado entre otras, en la sentencia CSJ SL3191-2021



antes, dejó intacta la dicha obligación patronal y reconoció la posibilidad de concurrencia de las dos pensiones, y de otro, porque la pensión restringida o especial no atiende propiamente el riesgo de vejez, sino que fue establecida con el carácter de pena o sanción para el patrono por el despido sin justa causa del trabajador que había servido largo tiempo, como garantía de la estabilidad de éste en el empleo y de que por este camino pudiera llegar a obtener el beneficio de la jubilación, frenando así y restándole eficacia a la utilización de aquel medio por el empresario para evitarlo. En consecuencia, esta clase de pensiones, vale decir las que se causan por despido injustificado después de 10 o 15 años de servicios y sin que interese cuál haya sido el tiempo laborado hasta la fecha en que el Instituto de los Seguros Sociales asumió el riesgo de vejez, continúan en pleno vigor, son independientes de las que deba reconocer el Instituto y corren a cargo exclusivo del patrono.

Sin embargo, extendida a favor de los trabajadores oficiales desde 1961 las pensiones restringidas ocurrió que, paralelamente a lo dispuesto para los empleados particulares, al reglamentarse el Decreto 3135 de 1968, se dispuso en el artículo 74 del Decreto 1848 de 1969 lo siguiente:

“Art. 74. Pensión en caso de despido (...) 3º) Si el trabajador oficial se retirare voluntariamente después de quince años de los supradichos servicios, tendrá derecho a la pensión cuando cumpla los sesenta años de edad”.

Pero más lejos que toda la jurisprudencia fue la regla del ordinal 5º del mismo precepto. Así reza:

“5º) La pensión a que se refiere este artículo, así como los pensionados en cuanto a sus deberes y derechos, se regirá en todo lo demás, por las disposiciones pertinentes de este decreto y del decreto 3135 de 1968”.

Con relación a los trabajadores oficiales, fue por vía legal, entonces, que se despejó la duda sobre la naturaleza prestacional de las pensiones por despido o retiro después de largos años de labores. En el régimen de estos servidores, por haberlo así ordenado el artículo 75 del citado Decreto 1848, las cajas de previsión social sí asumieron de manera compartida cualquiera de dichas jubilaciones, siempre que al momento “de cumplir el tiempo de servicios requerido por la ley” el empleado estuviere afiliado a la entidad encargada del riesgo de vejez. De no ser así, preceptuó el canon citado, “el reconocimiento y pago se hará directamente por la última entidad o empresa oficial empleadora”. **Del mismo modo, la pensión restringida quedó sometida al régimen de incompatibilidad con las demás pensiones y con cualquier otra asignación del erario, de conformidad con el artículo 31 del Decreto 3135 de 1968 y el 77 del Decreto 1848 de 1969.**

Con relación a los trabajadores oficiales, fue por vía legal, entonces, que se despejó la duda sobre la naturaleza prestacional de las pensiones por despido o retiro después de largos años de labores. En el régimen de estos servidores, por haberlo así ordenado el artículo 75 del citado Decreto 1848, las cajas de previsión social sí asumieron de manera compartida cualquiera de dichas jubilaciones, siempre que al momento “de cumplir el tiempo de servicios requerido por la ley” el empleado estuviere afiliado a la entidad encargada del riesgo de vejez. De no ser así, preceptuó el canon citado, “el reconocimiento y pago se hará directamente por la última entidad o empresa oficial empleadora”. Del mismo modo, la pensión restringida quedó sometida al régimen de incompatibilidad con las demás

*pensiones y con cualquier otra asignación del erario, de conformidad con el artículo 31 del Decreto 3135 de 1968 y el 77 del Decreto 1848 de 1969.*

***Tales normas perduraron hasta la vigencia de la Ley 100 de 1993 que, dada la ineludible afiliación al sistema integral de seguridad social de todo servidor oficial, dejó sin piso, por obvia razón, la pensión por retiro voluntario del trabajador oficial después de quince años de servicios a entidades estatales. Mantuvo, en cambio, la otra pensión restringida, como sanción a la entidad que no afilió en su oportunidad al trabajador posteriormente despedido sin justa causa después de diez años de servicios.*** Conservó, eso sí, el carácter prestacional, como se desprende de la referencia que hace a la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida para el establecimiento de su cuantía, y la posibilidad de conmutación con el Instituto de Seguros Sociales, dada la desaparición de las cajas de previsión social.  
[...]

*Después, como ya se dijo, para los servidores oficiales, a través de la Ley 100 de 1993, que **acabó con la pensión de retiro para estos trabajadores**, pero dejó vigente, no obstante, su naturaleza prestacional, una verdadera **pensión sanción para el empleador que incumple con el deber de afiliación**, o lo hace de manera inoportuna». (Negrillas y subrayas ajenas al texto original).*

Bajo esta perspectiva, resulta claro que el señor Humberto Gutiérrez Mora no tiene derecho a la pensión contemplada en el numeral 3 del artículo 74 del Decreto 1848 de 1969, en tanto y en cuanto, se encontraba afiliado al Sistema de Seguridad Social, pues, como se vio, muy a pesar que el citado artículo, no preveía tal exigencia, la misma, vino a ser incorporada por la Ley 100 de 1993 para los servidores públicos, que es el caso del demandante, quien como está probado en el proceso y no se controvierte, ostentó la calidad de trabajador oficial; incluso en gracia de la discusión, bajo esos mismos argumentos tampoco habría lugar a conceder la prestación a la luz de lo establecido en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, que se solicita en la alzada en uso de las facultades ultra y extra petita, en todo caso, reservadas para el juez de primer grado.

De esta manera agotada la competencia de la Sala por los motivos de apelación propuestos, se confirmará la sentencia de primer grado, conforme lo analizado en precedencia.

**SIN COSTAS** en esta instancia.

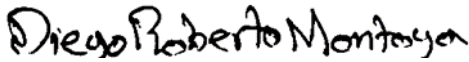
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

*NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.*

  
**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

  
**ELBIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA**

  
**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

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

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ROSA INÉS SAAVEDRA  
SALAMANCA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES  
– COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.  
(RAD. 22 2021 00072 01)**

Bogotá D.C. veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado para presentar los alegatos de conclusión, 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 COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez 22 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 16 de mayo del 2022 (*Exp. Digital: «019AudenciaFallo»*, récord: 01:16:29), en la que se resolvió:

*«PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por la señora Rosa Inés Salamanca Saavedra al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido el 20 de septiembre de 1995. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.*

*SEGUNDO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. fondo en el que se encuentran los dineros de la actora en la actualidad, a trasladar a COLPENSIONES, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora junto con sus correspondientes rendimientos, los bonos pensionales, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Así mismo, se le condenará a la devolución*

*de los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional, debidamente indexados al momento de la entrega a COLPENSIONES.*

**TERCERO: ORDENAR a COLFONDOS S.A Y PORVENIR S.A., a remitir a COLPENSIONES,** los dineros que estas recaudaron por concepto de gastos de administración, durante el tiempo que perduró la aparente afiliación a estos fondos, debidamente indexados, conforme a lo explicado en precedencia.

**CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES** recibir los dineros provenientes de Porvenir S.A. y Colfondos S.A., de todas las demandadas, a efectuar los ajustes a la historia pensional de la actora, conforme quedó explicado en precedencia.

**QUINTO: DECLARAR a COLPENSIONES,** que ésta bien puede obtener, por vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que se llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en los montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto originados en la omisión de los fondos de pensiones.

**SEXTO: SE DECLARAN NO PROBADAS** las excepciones propuestas por las demandadas.

**SÉPTIMO: CONDENAR** en costas a las demandadas PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. Y COLPENSIONES. Fíjese como agencias la suma de un SMLMV, a cargo de cada una de ellas.

**OCTAVO: CONSÚLTESE** la presente decisión en favor de COLPENSIONES ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, en los términos del artículo 69 de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social».

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

Así, en primer lugar, COLPENSIONES, no se encuentra de acuerdo con el hecho de que no se haya declarada probada la excepción de prescripción, manifestando no estar encuentra de acuerdo con la interpretación dada al artículo 2 de la Ley 797 del 2003, relacionado con la prohibición legal para retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD, pues la demandante está a 10 años o menos para cumplir la edad para adquirir su derecho pensional, asegurando que una vez cumpla los requisitos de edad y semanas cotizadas en uno u otro régimen, será pensionada por vejez.

Añade, de acuerdo al derrotero planteado por la parte actora en su demanda, el encuadramiento jurisprudencial dado no es adecuado al caso en particular, al no haberse alegado la falta al deber de la información por parte de los fondos privados, siendo su descontento con el valor de la mesada pensional; si bien en el escrito introductor se habla sobre la falta de la información, se logró evidenciar en el

interrogatorio de parte, esta no es la razón por la cual la demandante quiere retornar al RPMPD; y la jurisprudencia indicada en la sentencia, señala que la única situación que puede dar paso a la declaratoria ineficacia, es la falta al deber de una información, situación que no se alega en este caso.

Finalmente, alegó respecto a la condena en costas, que más allá de su oposición a las pretensiones, en ese Despacho, existía una jurisprudencia horizontal, en donde se había logrado considerar que Colpensiones por ser un llamado de buena fe a este tipo de procesos solamente por administrar el RPMPD, no tiene que asumir las consecuencias jurídicas de un acto jurídico celebrado por terceros, entre la demandante y los fondos privados, por tanto, la imposición de costas en esa instancia procesal estaría afectando también gravemente la seguridad jurídica; solicitando así, en caso de con rimarse la decisión, se le absuelva de las costas procesales (*récord: 1:18:52<sup>1</sup>, ibidem*).

PROTECCIÓN en su apelación solicita se revoque la condena relativa a trasladar a COLPENSIONES los los valores que en su momento fueron descontados por gastos de administración y primas del seguro previsional, lo anterior teniendo en cuenta que estos valores fueron descontados por mandamiento normativo, razón por la cual refiere la demandante generó unos rendimientos debido a la buena

---

<sup>1</sup> «Gracias su señoría. Interpongo el recurso de apelación contra la sentencia que acaba de proferir para solicitarle a los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá en la especialidad Sala Laboral la revoquen por las siguientes razones: En primera medida no comparte este apoderado judicial la interpretación que hace el a quo del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, esto es, la prohibición legal para retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prohibición legal a la cual se encuentra inmersa la demandante, por estar a 10 años o menos para cumplir la edad para adquirir su derecho pensional. La interpretación que le da al Despacho a esta normativa, es una interpretación prescriptiva o extintiva de derecho pensional, pues no fue la intención del legislador, ya que, como quiera que la demandante cumpla los requisitos de edad y semanas cotizadas en uno u otro régimen será pensionado por vejez. En ese sentido, ningún derecho pensional se encuentra prescrito en este caso y darle ese talante o ese tenor a la prohibición legal alegada, pues considera este apoderado judicial que no da lugar y por eso le solicito a los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, reanalicen este pedido y en virtud de la aplicación del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, se absuelva a Colpensiones de todas las pretensiones que se hayan incoado en su contra.

Por otro lado, respecto del encuadramiento jurisprudencial que decidió seguir la Jueza del Despacho, teniendo en cuenta el derrotero que planteó la parte actora en su demanda, este apoderado judicial considera que este encuadramiento jurisprudencial, pues no es adecuado al caso en particular, ya que en este preciso juicio, no se alega la falta al deber de la información por parte de los fondos privados con la demandante, sino su descontento con el valor de su mesada pensional; si bien de pronto en el escrito introductor si se habla sobre la falta de la información, se logra evidenciar en el interrogatorio de parte, esta no es la razón por la cual la demandante quiere retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; y la jurisprudencia que se usó para considerar la parte resolutive de esta sentencia, señala que la única situación que puede dar paso a la declaratoria ineficacia, es la falta al deber de una información, situación que no se alega en este caso tal y como lo vengo reiterando.

Y tercero el respecto a la condena en costas, este apoderado Judicial considera que la condena en costas a Colpensiones más allá de que se haya opuesto a las pretensiones, en el presente Despacho, pues ya existía una jurisprudencia horizontal, en donde se había logrado considerar que Colpensiones pues es un llamado de buena fe a este tipo de procesos solamente por administrar el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y la imposición de costas en esta instancia procesal, pues estaría afectando también gravemente la seguridad jurídica, pues como lo dije anteriormente, el Despacho ya venía trayendo una línea jurisprudencial en la cual se había entendido que Colpensiones pues no tiene que asumir las consecuencias jurídicas de un acto jurídico celebrado por terceros, en este caso la demandante y los fondos privados y en ese sentido señores magistrados, les solicitó que en el caso en que decidan confirmar la nulidad de traslado o mejor la ineficacia del traslado, absuelvan a mi representada de las costas procesales. Hasta aquí mis recursos señoría, muchas gracias».

administración que realizó el fondo en su cuenta de ahorro individual, precisando estos dineros no hacen parte de la misma, por lo tanto trasladarlos a COLPENSIONES sería un enriquecimiento sin causa a favor de esta entidad, por no ser parte del dinero que va a financiar la pensión de vejez de la demandante, de ahí que tenga derecho a conservar esa comisión, como restitución mutua a su favor y por lo tanto, no hay razón para tener que trasladarlos a Colpensiones, por el contrario, en caso de confirmar tal condena y de asumir con su propio patrimonio, se estaría en presencia de una condena en perjuicios, la cual tendría que revisarse a la luz de una responsabilidad civil, con los elementos propios de esta y en el presente proceso, no fue materia de prueba, ni quedó demostrado la causación de los mismos, toda vez que la inversión de la carga prueba opera frente a la pretensión de ineficacia de la afiliación, y no frente al tema de perjuicios.

Asegura respecto del seguro previsional fue un dinero que se descontó mensualmente, girado a un tercero de buena fe, en este caso a la aseguradora, para que, en caso de existir un siniestro de invalidez o muerte, la aseguradora pagara esa suma adicional que le correspondía al afiliado, por lo que no tiene una facultad jurídica para solicitarle a la aseguradora esos dineros, más aún cuando no hizo parte del contrato que se suscribió entre la demandante y su representada. Apeló finalmente la condena en costas, señalando que el traslado se realizó con otra AFP y no con PROTECCIÓN (récord: 1:22:43<sup>2</sup>, *ibidem*)

---

<sup>2</sup> «Gracias doctora. Respetuosamente interpongo recurso parcial de apelación respecto a la orden de trasladar hacia Colpensiones lo correspondiente a los gastos de administración y primas, durante el tiempo que la parte demandante ha estado fijada a mi representada, por los siguientes motivos: Primero, no es procedente que se ordene la devolución de dichos conceptos toda vez que se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual, descuentos realizados conforme a la ley, como contraprestación de una buena gestión de administración, como lo es legalmente permitido a cualquier entidad financiera.

Segundo, con la condena que ordena a mi representada a devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, más los rendimientos financieros generados y adicionalmente lo descontado por comisión de administración, se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones, por recibir una comisión que ni siquiera es destinada a financiar la pensión de vejez de la parte actora. Adicionalmente ya se le están trasladando los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, fruto de la buena gestión de administración realizada por PROTECCIÓN, por lo que mi representada tiene derecho a conservar esa comisión, como restitución mutua a su favor y por lo tanto, no hay razón para tener que trasladar dicho dinero a Colpensiones.

Tercero, se debe tener presente que en caso de confirmar la condena a mi representada, a asumir con su propio patrimonio los valores de los descuentos permitidos por mandato legal para la comisión de administración, se estaría en presencia de una condena en perjuicios contra el patrimonio de PROTECCIÓN, la cual tendría que revisarse a la luz de una responsabilidad civil, con los elementos propios de esta y en el presente proceso, no fue materia de prueba, ni quedó demostrado la causación de los mismos, toda vez que la inversión de la carga de la prueba opera frente a la pretensión de ineficacia de la afiliación, y no frente al tema de perjuicios, los cuales no fueron demostrados por la parte demandante; y frente a la prima del seguro previsional, se debe manifestar que ésta ya fue girada una aseguradora, para que en caso de existir un siniestro de sobrevivencia o invalidez, dicha compañía pague una suma adicional con el fin de financiar las pensiones por dichos conceptos. Inclusive, la mencionada prima ya fue pagada mes a mes a la 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, en este caso la aseguradora es tercero de buena fe que nada tuvo que ver en el contrato suscrito, entre la parte demandante y PROTECCIÓN.

Se apela también la condena de costas, atendiendo que el traslado se realizó con otra AFP y no con PROTECCIÓN. Muchas gracias doctora, dejó expuesto mi recurso de apelación».

Finalmente, PORVENIR no comparte lo referente a la devolución de los gastos de administración, pues son conceptos autorizados a las AFP del RAIS y del RPM, como consecuencia de la buena administración que se ha ejercido del capital de la cuenta de ahorro individual de la parte actora y se ha visto materializado en incrementar el saldo de la cuenta de ahorro individual, generando rendimientos financieros, inclusive por el mínimo establecido por la Superfinanciera. Además, configura un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones en la medida en que no existe norma que disponga tal devolución, precisando en el artículo 113 literal b) de la Ley 100 de 1993, se menciona cuáles son los dineros que efectivamente se trasladan cuando existe un cambio de régimen, y esto es, el saldo contenido en la cuenta de Ahorro Individual, incluidos los rendimientos que se lleguen a generar.

Además, tales gastos no están destinados a financiar la prestación del afiliado y por ende, no pertenecen a él, sino al fondo privado como contraprestación de la gestión que adelantó para incrementar el capital existente en la cuenta de ahorro individual del afiliado. Aunado a ello, la parte demandante ya no se encuentra afiliada a Porvenir, entidad que realizó el traslado de todo lo contenido en la cuenta de ahorro individual con destino a PROTECCIÓN.

Adicionalmente, indicó haberse desconocido lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, puesto que en caso de que la demandante, hubiera permanecido afiliada al RPMPD administrado hoy por Colpensiones, igualmente esto genera descuentos de la cotización para financiar gastos de administración y pensión de invalidez y sobrevivencia, por lo que los dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez del afiliado y por ende, se les debe aplicar el fenómeno prescriptivo (*récord: 1:25:17<sup>3</sup>, ibidem*).

---

<sup>3</sup> «Muchísimas gracias su señoría. Me permito formular recurso apelación en contra de la sentencia que acaba de ser proferida, con base en los siguientes argumentos: Honorable Tribunal Superior de Bogotá, no comparte mi representación la decisión que acaba de ser proferida por el a quo, de declarar la ineficacia del traslado. No se comparten los efectos jurídicos que se le dio a esa ineficacia, principalmente en lo referente a los gastos de administración, puesto que estos constituyen conceptos autorizados, de descontar las AFP del RAIS y del RPM, como consecuencia de la buena administración que se ha ejercido del capital de la cuenta de ahorro individual de la parte actora y que se ha visto materializado en incrementar el saldo de la cuenta de ahorro individual, generando rendimientos financieros, inclusive por el mínimo establecido por la Superfinanciera.

Por otro lado, ordenar el traslado de estos gastos de administración a Colpensiones configura un enriquecimiento sin causa a favor de esta demanda, en la medida en que no existe norma que disponga tal devolución. En el artículo 113 literal b) de la Ley 100, se menciona cuáles son los dineros que efectivamente se trasladan cuando existe un cambio de régimen, y esto es, el saldo contenido en la cuenta de Ahorro Individual, incluidos los rendimientos que se lleguen a generar. Teniendo en cuenta esto, lo que evidencia es que no están destinados a financiar la prestación del afiliado y por ende, no pertenecen a él, sino al fondo privado como contraprestación de la gestión



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 (Exp. Digital: «001Expediente.pdf», páginas 5 a 7), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 7 a 10, *ibidem*), aspirando se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado a COLFONDOS S.A. el 20 de septiembre de 1995, ante PORVENIR S.A. el 10 diciembre de 2001 y ante PROTECCIÓN S.A. el 23 de mayo de 2007, en consecuencia se condene a esta AFP a trasladar a COLPENSIONES todos los portes cotizados en el RAIS, e igualmente, se le ordene a aceptarlos, registrándola como su afiliada sin solución de continuidad; más la condena en costas y agencias en derechos, junto a lo *ultra y extra petita*. Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante el 20 de septiembre de 1995 al RAIS. En consecuencia, se ordenó a PROTECCIÓN transferir a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus correspondientes rendimientos, los bonos pensionales el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, el valor de las primas del seguro previsional, debidamente indexados a la fecha de entrega. Igualmente condenó a COLFONDOS S.A Y PORVENIR S.A., a devolver los gastos de administración durante el tiempo que duró la aparente afiliación debidamente indexados. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada Protección no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante, al momento del traslado, precisando que la re asesoría brindada a la

---

*que adelantó para incrementar el capital existente en la cuenta de ahorro individual del afiliado. Hay que tener en cuenta que la parte demandante ya no se encuentra afiliada a Porvenir y que ya realizó el traslado de todos los contenidos en la cuenta de ahorro individual, con destino a PROTECCIÓN.*

*Adicionalmente se desconoció lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, puesto que en caso de que la demandante, hubiera permanecido afiliada al Régimen de Prima Media administrado hoy por Colpensiones, igualmente esto genera descuentos de la cotización para financiar gastos de administración y pensión de invalidez y sobrevivencia, por lo que he dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez del afiliado y por ende, se les debe aplicar el fenómeno prescriptivo. En esos términos dejo sustentado mi recurso de apelación, no sin antes solicitarle al honorable Tribunal Superior de Bogotá que revoque la sentencia que acaba de ser preferida por el a quo, para en su lugar a absolver a mi representada de todas y cada una de las condenas que fueron emitidas en su contra. Muchísimas gracias. ».*

actora más de 10 años después de su traslado el régimen, no tenía incidencia, toda vez que lo que se busca es establecer la información que se le brindó a la actora en el preciso momento del cambio, esto es, en 1995.

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<sup>4</sup>.

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 21 de marzo de 1964 (*páginas 24 y 25, ibidem*), 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 las accionadas PROTECCIÓN, PORVENIR, COLFONDOS y COLPENSIONES en el mes de enero del año 2021 (*páginas 29 a 62 y 69 a 78, ibidem*), esto es, cuando le faltaban 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 -30 de junio de 1995<sup>5</sup>-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 277,43 semanas cotizadas al sistema que corresponden a 5 años, 3 meses y 24 días de aportes (*Exp. Digital: «003ContestacionProteccion.pdf», página 53*), 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 sostiene COLPENSIONES en su apelación.

<sup>4</sup> 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 2°, 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”.

<sup>5</sup> Era trabajadora del sector público territorial, laboraba en Instituto de Salud de Bucaramanga y aportaba a la Caja Municipal de Previsión (Págs. 53 y 54, archivo «003ContestacionProteccion.pdf»)

No obstante, lo anterior con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora 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 septiembre de 1995** con fecha de efectividad a partir del **01 de octubre de 1995** (página 55, *ib.*) por afiliación que hiciera a COLFONDOS, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP («001Expediente.pdf», página 63).

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<sup>6</sup>, 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*

---

<sup>6</sup> Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

*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 parte 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<sup>7</sup>, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las sentencias SL

---

<sup>7</sup> “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 la 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 dla 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 la 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 la 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.*

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

*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<sup>8</sup>, no acreditan de manera alguna que conociera las

---

<sup>8</sup> Audiencia del 16 de mayo de 2022, récord 13:45

implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar, que en el mes de septiembre de 1995 los asesores de COLFONDOS llegaron al centro de salud donde trabajaba y les dijeron que el Seguro Social se iba a acabar y se tenían que cambiar, por lo que todos los del centro de salud firmaron un formulario, sin comentarle diferencias entre uno y otro régimen, además, sólo sabía que el municipio la tenía afiliada con la Caja de Previsión Social y del resto no tenía información, por lo que 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 («001Expediente.pdf», página 63), este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (Sentencias 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 brillan por su ausencia 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 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.º 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:

| <b>Etapas acumulativas</b>                                     | <b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</b>                                                                                                                                                                                                             | <b>Contenido mínimo y alcance del deber de información</b>                                                                                                                                                                                                                                                  |
|----------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Deber de información                                           | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993<br>Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003<br>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.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009<br>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<br>Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015<br>Circular Externa n.º 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 septiembre de 1995, efectivo el 1º de octubre de 1995) el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen, al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

De igual forma, es menester precisar, el hecho de que la demandante hubiese efectuado varios traslados entre AFP 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 (Pág. 68, ib., Pág. 43 «003ContestacionProteccion» y pág. 83 «004ContestacionPorvenir»), situación que por demás no es ni fue objeto de litigio. Frente al de traslado a diversas AFP memórese el pronunciamiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011<sup>9</sup>.

En ese orden, la ineficacia del traslado 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 (Pág. 43, «003ContestacionProteccion») del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración y cuotas dirigidos al pago de los seguros de invalidez y sobrevivientes, así como 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.

Debe precisarse en este punto, en cuanto a que además de lo anterior, las accionadas COLFONDOS, PORVENIR Y PROTECCIÓN, también deben devolver a COLPENSIONES los gastos de administración y deberán retornar las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia<sup>10</sup>, 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

<sup>9</sup> “(...) 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 (...).”

<sup>10</sup> Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.

utilidades<sup>11</sup>, 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.

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.**

---

<sup>11</sup> Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

*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 y para resolver las inconformidades expuestas en la alzada por COLPENSIONES, conviene precisar, 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, que no se está avalando el tránsito de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva a retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.



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

*«Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.*

[...]

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

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

*Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean*

*trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada».*

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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES<sup>12</sup>, a favor de quien se surte la consulta (Pág. 60 «008ContestacionDemandaColpensiones»), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia CSJ 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

---

<sup>12</sup> 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 abril de 2022 («013AutoFijaFechaAudiencia.pdf»).

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 transcurso 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 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 los resultados 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 las demandadas COLPENSIONES y PROTECCIÓN.

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 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**

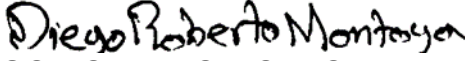
**PRIMERO: ADICIONAR** el ordinal **SEGUNDO** del fallo de primer grado, para ordenar a las AFP PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES, además de los gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados 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 la demandante estuvo aparentemente afiliada a 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 de primera instancia, 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**

  
**ELBIA 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 MANUEL GERMAN  
FERRO RAMÍREZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE  
PENSIONES - COLPENSIONES - (RAD. 22 2021 00392 01).**

Bogotá D.C. veintinueve (29) de Julio de dos mil veintidós (2022)

**AUTO**

Reconocer personería adjetiva al abogado NICOLAS RAMIREZ MUÑOZ como apoderado sustituto de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA, en su calidad de representante legal de la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S, el cual fue remitido a esta Corporación mediante correo del 17 de junio de los corrientes.

Por otro lado, se tiene que la apoderada del demandante, mediante correo electrónico del 17 de junio del 2022 manifiesta que DESISTE del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, el 23 de mayo de 2022.

Así las cosas, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 316 del C.G.P., **SE ACEPTA EL DESISTIMIENTO** del recurso impetrado por tener dicha profesional del derecho la facultad para ello según el poder que milita en el Archivo 1 del expediente digital página 2.

**COSTAS** a cargo de ese extremo procesal, conforme lo prevé el inciso 3 del aludido precepto.

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 \$100.000, a cargo de la demandante, 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**

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por 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 la parte demandada, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, de la sentencia proferida por la Juez 22 Laboral del Circuito

de Bogotá D.C., el 23 de mayo de 2022 (Audio archivo 18 expediente digital, record: 39:46), en la que se resolvió:

**“PRIMERO: DECLARAR** que el señor MANUEL GERMAN FERRO RAMIREZ es beneficiario del régimen de transición del que trata el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

**SEGUNDO: DECLARAR** que el señor MANUEL GERMAN FERRO RAMIREZ cumple los requisitos dispuestos en el artículo 7 de la ley 71 del 88 para el reconocimiento y pago de pensión por jubilación por aportes.

**TERCERO: DECLARAR** probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas causadas entre el 9 de noviembre de 1997 y el 8 de agosto del 2018.

**CUARTO: CONDENAR** a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de jubilación por aportes al actor a partir del 9 de agosto de 2018 en 14 mesadas al año teniendo en cuenta los montos señalados en la parte considerativa de la presente decisión, montos que deberán ser debidamente indexados teniendo en cuenta la fecha de causación de cada una de las mesadas y la fecha en la que se efectuó el pago correspondiente.

**QUINTO: AUTORIZAR** a la demandada para que del retroactivo por reliquidación pensional realice los descuentos por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud.

**SEXTO: ABSOLVER** a la demandada del pago de los intereses moratorios reclamados.

**SEPTIMO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por la demandada.

**OCTAVO: COSTAS** Lo serán a cargo de la demandada tásense por secretaria en la suma de \$500.000.”

Inconforme con la decisión Colpensiones expresa su inconformidad en el reconocimiento genérico de la relación laboral del demandante con la empresa DINAC y la sumatoria de tiempos públicos y privados, precisando que para la época en que el actor cumplió el derecho para acceder a la pensión la sentencia SL1947 no se encontraba en firme, señalando que Colpensiones no tiene por qué responder por esos tránsitos y esos criterios de la jurisprudencia cuando en el momento que se causó el derecho el demandante no contaba con el cumplimiento de la totalidad de los requisitos.

Respecto de las semanas cotizadas expresa, las anotaciones de la historia laboral respecto a extremos laborales o respecto a existencia de relaciones laborales no pueden ser usadas como único medio probatorio para darle validez a las mismas, pues dentro del proceso no hay ningún medio de prueba que logre acreditar la existencia de la relación laboral entre el demandante y la empresa DINAC



ingenieros en los periodos comprendidos entre 1981 y 1989. (Audio archivo 18 expediente digital, record: 41:45<sup>1</sup>).

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 actor MANUEL GERMAN FERRO RAMIREZ las pretensiones elevadas en las páginas 145 y 146 (Archivo 01 pdf expediente digital), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados en las páginas 146 a 151 (ibídem),** pretendiendo principalmente se declare es beneficiario del régimen de transición y tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 10 de noviembre de 1997 por acreditar más de 24 años de cotizaciones, en consecuencia se condene al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de conformidad con lo establecido en el artículo 7 de la Ley 71 de 1988, junto con los reajustes anuales, mesadas adicionales, retroactivo a que haya lugar, intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o en subsidio la indexación de las sumas adeudadas, condenas *ultra y extra petita* y costas del proceso; **obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones** pues dispuso el reconocimiento de la prestación pensional conforme lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 71 de 1988

---

<sup>1</sup> En este caso hay dos puntos por los cuales el apoderado judicial de la entidad no se encuentra de acuerdo con la sentencia: 1) El reconocimiento genérico de la relación laboral del demandante con la empresa de ingenieros DINAC y 2) entra esta administradora a debatir o contra argumentar el encuadramiento jurídico que tuvo la señora jueza respecto a la sumatoria de tiempos públicos y privados, es importante empezar diciendo que para la época del momento que por edad el demandante cumplió el derecho para acceder a la pensión esta sentencia no se encontraba en firme o no era jurisprudencia que fuese pacífica en ese sentido el actuar de Colpensiones para el año 97 fue un actuar totalmente direccionado al cumplimiento de la fe y defensa del régimen de prima media con prestación definida, entonces reconocer algún derecho casi 15 años después al demandante sobre una jurisprudencia que se vino elaborando prácticamente del año 2018- 2019 y se terminó de consolidar como jurisprudencia en el año 2020 con la Sentencia SL1947 considera este apoderado judicial que Colpensiones no tiene por qué responder por esos tránsitos y esos criterios de la jurisprudencia cuando en el momento que se causó el derecho el demandante no contaba con el cumplimiento de la totalidad de los requisitos y en ese sentido señores magistrados Colpensiones ha sentado su total contradicción a este tipo de condenas sobre casos parecidos.

Respecto a la comprobación genérica de la relación laboral para Colpensiones no puede ser usado como único medio probatorio para darle validez a este hecho las anotaciones de la historia laboral respecto a extremos laborales o respecto a existencia de relaciones laborales y en ese sentido dentro del proceso no encontramos dentro del acervo probatorio ningún medio de prueba que logre acreditar la existencia de la relación laboral entre el demandante y la empresa DINAC ingenieros en los periodos comprendidos entre 1981 y 1989. EN ese sentido pues también usar la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre sumatoria de tiempos públicos y privados como para empezar a armar un esqueleto pensional tomando semanas de uno y otro lado pues tampoco es para Colpensiones el espíritu de esta sentencia si no realmente para salvaguardar derechos pensionales para afiliados que tenían una expectativa legítima respecto a sus semanas cotizadas en tiempos públicos situación que no es la que pasa en este caso ya que con la sumatoria de los tiempos públicos y tiempos privados que efectivamente se encuentran cotizados en la historia laboral el demandante tampoco alcanzaría para ser beneficiario del régimen de transición y por consecuencia de una pensión de vejez.

a partir del 9 de agosto del 2018 por los efectos de la declaratoria parcial de la excepción de prescripción, en 14 mesadas al año, junto con la indexación de las mesadas adeudadas, autorizando a la entidad demandada a descontar el valor correspondiente a los aportes en salud, luego de considerar que de acuerdo a las documentales aportadas, el demandante reúne los 20 años de cotizaciones o tiempos de servicios necesarios para acceder al derecho pensional.

De esta manera, advierte esta Corporación se examinarán además de los motivos expuestos en la alzada, la decisión en lo que le fue desfavorable a la accionada, por virtud del Grado Jurisdiccional de Consulta.

En ese orden de ideas, se pretende el reconocimiento pensional bajo el amparo de la Ley 71 de 1988 que en su artículo 7º, 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 sesenta (60) años o más si es hombre.

Así las cosas, en primer lugar, corresponde a la Sala establecer si el demandante es beneficiario y conserva el derecho al régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de acuerdo con la modificación introducida al artículo 48 de la Constitución Política, por medio del Acto Legislativo 01 de 2005.

Sobre el punto resulta pertinente señalar, no es motivo de discusión que el actor nació el 9 de noviembre de 1937 (página 4 pdf Archivo 1 expediente digital), es decir, que para el 1º de abril de 1994 tenía 56 años de edad, por lo que, en principio, resultaría ser beneficiario del régimen de transición, cuya aplicación reclama.

En cuanto a la aplicación del Régimen de Transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 al accionante, de acuerdo con la modificación introducida al artículo 48 de la Constitución Política, por medio del parágrafo transitorio 4 del citado Acto Legislativo<sup>2</sup>, este beneficio tiene dos límites temporales, el primero de

---

<sup>2</sup> "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

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, 31 de diciembre de 2014, en el evento de acreditar 750 semanas de cotizaciones acumuladas a 29 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, para que el beneficio transicional se extendiera hasta el 31 de diciembre de 2014.

En el caso que se examina, dado que el actor cumplió 60 años de edad, con anterioridad al 31 de julio de 2010 -9 de noviembre de 1997- (fl. 65) es decir, en fecha anterior al primer límite establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005, 31 de julio de 2010, se debe verificar si cumplió con los requisitos para obtener la prestación pensional antes de esa data o en caso de no acreditarlos entrara la Sala a establecer si cuenta con 750 semanas al 29 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, en aras de que el beneficio transicional se extendiera hasta el 31 de diciembre de 2014.

En ese orden, de acuerdo con la CERTIFICACIÓN ELECTRONICA DE TIEMPOS LABORADOS –CETIL- expedido por el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL (páginas 105 a 110 pdf Archivo 1 expediente digital), se tiene que el demandante prestó sus servicios para el INSTITUTO DE FOMENTO MUNICIPAL –INFOPAL- del 24 de abril de 1962 al 31 de diciembre de 1973 con una interrupción de 60 días del 17 de agosto al 15 de octubre de 1964, cuyas cotizaciones se efectuaron a CAJANAL, las cuales arrojan un total de 4147 días / 592 semanas equivalentes a **11 años 6 meses y 4 días**.

Ahora, la parte actora alega no encontrarse registrados en el reporte de semanas cotizadas los meses del 1° de junio de 1981 al 31 de agosto de 1989 cotizados con el empleador DINAC INGENIEROS LTDA (hechos Nos. 6.11 a 6.13 pagina 147 pdf archivo 1 expediente digital).

---

*trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.*

*Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen".*

En este orden de ideas, verificado el REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES allegado al plenario por Colpensiones y actualizado al 10 de febrero de 2022 (visible en el expediente administrativo Archivo 6 expediente digital) se advierte en efecto la ausencia de tales aportes, pues en el *“Detalle de pagos efectuados anteriores a 1995”* del 1° de junio de 1981 al 31 de agosto de 1989 se hace la anotación PERIODO EN MORA POR PARTE DEL EMPLEADOR, precisándose por la Sala en el documento denominado *“RELACIÓN DE NOVEDADES REGISTRADAS”* el ISS hoy COLPENSIONES (página 5 pdf Archivo 1 expediente digital) anota como fecha de ingreso del demandante con la empresa DINAC 1° de marzo de 1977 y como fecha de retiro el 31 de agosto de 1989, igualmente con la anotación *“Deu”* para el periodo atrás señalado e indicándose *“DEBIDO POR COBRAR: Desde 01/06/1981 hasta 31/12/1994 total = \$3.553.152”*, incluso en la que obra en la página 16 del expediente digital (Archivo 1) se escribe como fecha de retiro del actor el 2 de enero de 1990 –historias laborales anteriores a la inicialmente referida del 10/02/2022- por lo que razonablemente se puede inferir sí existió una relación laboral en el periodo atrás descrito del 01/06/81 al 31/08/89 que se itera se encuentra en mora por el ex empleador del accionante conforme al último reporte de semanas expedido por la pasiva y que es el que se tiene en cuenta por ésta Corporación, sin que se evidencien las gestiones de cobro correspondiente a pesar de que la demandada tenía conocimiento de la deuda que se encontraba en cabeza de la sociedad DINAC INGENIEROS LTDA, razón por la cual el lapso donde existe la mora debe 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, cuando además de la mora, se presenta también una actitud omisiva de la entidad de seguridad social en adelantar las respectivas gestiones de cobro, como quiera que no podrían atribuirse consecuencias negativas al afiliado 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, 34270 de 2008, así como 31307 y 35477 de 2009, y más recientemente en sentencia proferida dentro de la radicación No. 43781 del 14 de agosto de 2013, SL-552 de 2013.

En esta misma dirección, aunado a la jurisprudencia citada en precedencia, debe tenerse en cuenta que en el evento de no realizar las gestiones de cobro respectivas por parte de la administradora de pensiones al empleador moroso, 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”*.

Así las cosas, sumadas las 424 semanas en mora del 1° de junio de 1981 al 31 de agosto de 1989, junto con las 221.86 reportadas por COLPENSIONES en la historia laboral atrás citada, se obtiene un total de semanas aportadas al ISS hoy COLPENSIONES de 645.86 equivalentes a **12 años 6 meses y 21 días**, que sumadas al tiempo servido en INFOPAL de 11 años 6 meses y 4 días, totaliza **24 años y 25 días** de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en Cajanal y en el Instituto de los Seguros Sociales.

En esta dirección, como quiera que el promotor del litigio acreditó el tiempo de servicio requerido por la Ley 71 de 1988 antes del 31 de julio del 2010, pues los 60 años los cumplió el 9 de noviembre de 1997 y su última cotización los fue para el 31 de agosto de 1989 ante el ISS hoy Colpensiones el acto legislativo 01 de 2005 en nada afectó su derecho pensional, por lo que en efecto es acreedor del régimen de transición.

Por lo anterior, se encuentra acertada la decisión de la Juez *a quo* al conceder la prestación pensional con fundamento en la Ley 71 de 1988, confirmándose en este punto la decisión, aclarándose al apoderado de COLPENSIONES la decisión no se fundó en la sumatoria de tiempos públicos y privados en virtud del criterio jurisprudencial señalado en la sentencia SL1947 de 2020 pues allí se hace mención es a la posibilidad de tener en cuenta tiempos públicos y privados pero para el reconocimiento pensional en virtud del Acuerdo 049 de 1990, lo cual no ocurrió en el presente asunto donde el debate giró en el estudio del cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 71 de 1988 que textualmente contiene como requisitos acreditar 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”*.

Ahora, a efectos de la liquidación de la mesada, deberá observarse lo dispuesto en el Decreto 2709 de 1994 por el cual se reglamentó el artículo 7° de la Ley 71 de 1988, en cuyo artículo 8° establece:

*“El monto de la pensión de jubilación por aportes será equivalente al 75% del salario base de liquidación. El valor de la pensión de jubilación por aportes, no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente ni superior a quince (15) veces dicho salario, salvo lo previsto en la ley.”*

Respecto al monto de la prestación, es menester señalar en cuanto a la definición del IBL, aplicable a los beneficiarios del régimen de transición, a quienes a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se encontraban a menos de diez años de consolidar su derecho pensional, como es el caso de autos pues el actor estaba a 3 años, 7 meses y 8 días de adquirir la edad de pensión, el ingreso base de liquidación será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE; sin embargo como el actor solo tiene cotizaciones hasta el 31 de agosto de 1989 se liquidará el IBL teniendo en cuenta todo lo cotizado en su historia laboral.

De tal manera, se verifica el cálculo de la mesada pensional con el apoyo del grupo Liquidador del Consejo Superior de la Judicatura obteniendo ésta

Corporación una mesada pensional para el año 1997 de \$632.595.91, de acuerdo al siguiente cuadro:

| Cálculo Toda la vida Laboral |          |                                          |           |                      |                         |                     |                   |
|------------------------------|----------|------------------------------------------|-----------|----------------------|-------------------------|---------------------|-------------------|
| AÑO                          | Nº. Días | IPC inicial                              | IPC final | Factor de indexación | Sueldo promedio mensual | Salario actualizado | Salario anual     |
| 1962                         | 252      | 0,050                                    | 26,52     | 530,400              | \$ 2.600,00             | \$ 1.379.040,00     | \$ 11.583.936,00  |
| 1963                         | 365      | 0,050                                    | 26,52     | 530,400              | \$ 3.646,73             | \$ 1.934.226,73     | \$ 23.533.091,83  |
| 1964                         | 306      | 0,060                                    | 26,52     | 442,000              | \$ 3.200,00             | \$ 1.414.400,00     | \$ 14.426.880,00  |
| 1965                         | 365      | 0,070                                    | 26,52     | 378,857              | \$ 3.363,56             | \$ 1.274.309,35     | \$ 15.504.097,14  |
| 1966                         | 365      | 0,080                                    | 26,52     | 331,500              | \$ 3.800,00             | \$ 1.259.700,00     | \$ 15.326.350,00  |
| 1967                         | 365      | 0,090                                    | 26,52     | 294,667              | \$ 4.370,00             | \$ 1.287.693,33     | \$ 15.666.935,56  |
| 1968                         | 366      | 0,100                                    | 26,52     | 265,200              | \$ 5.245,00             | \$ 1.390.974,00     | \$ 16.969.882,80  |
| 1969                         | 365      | 0,100                                    | 26,52     | 265,200              | \$ 5.377,59             | \$ 1.426.136,98     | \$ 17.351.333,22  |
| 1970                         | 365      | 0,110                                    | 26,52     | 241,091              | \$ 6.579,00             | \$ 1.586.136,12     | \$ 19.297.989,46  |
| 1971                         | 365      | 0,120                                    | 26,52     | 221,000              | \$ 7.498,68             | \$ 1.657.209,37     | \$ 20.162.714,00  |
| 1972                         | 366      | 0,140                                    | 26,52     | 189,429              | \$ 8.680,00             | \$ 1.644.240,00     | \$ 20.059.728,00  |
| 1973                         | 365      | 0,160                                    | 26,52     | 165,750              | \$ 9.920,00             | \$ 1.644.240,00     | \$ 20.004.920,00  |
| 1977                         | 306      | 0,360                                    | 26,52     | 73,667               | \$ 7.470,00             | \$ 550.290,00       | \$ 5.612.958,00   |
| 1978                         | 365      | 0,470                                    | 26,52     | 56,426               | \$ 7.470,00             | \$ 421.498,72       | \$ 5.128.234,47   |
| 1979                         | 365      | 0,560                                    | 26,52     | 47,357               | \$ 7.470,00             | \$ 353.757,86       | \$ 4.304.053,93   |
| 1980                         | 366      | 0,720                                    | 26,52     | 36,833               | \$ 7.470,00             | \$ 275.145,00       | \$ 3.356.769,00   |
| 1981                         | 365      | 0,900                                    | 26,52     | 29,467               | \$ 7.470,00             | \$ 220.116,00       | \$ 2.678.078,00   |
| 1982                         | 365      | 1,140                                    | 26,52     | 23,263               | \$ 7.470,00             | \$ 173.775,79       | \$ 2.114.272,11   |
| 1983                         | 365      | 1,410                                    | 26,52     | 18,809               | \$ 7.470,00             | \$ 140.499,57       | \$ 1.709.411,49   |
| 1984                         | 366      | 1,650                                    | 26,52     | 16,073               | \$ 9.480,00             | \$ 152.369,45       | \$ 1.858.907,35   |
| 1985                         | 365      | 1,950                                    | 26,52     | 13,600               | \$ 11.850,00            | \$ 161.160,00       | \$ 1.960.780,00   |
| 1986                         | 365      | 2,380                                    | 26,52     | 11,143               | \$ 11.850,00            | \$ 132.042,86       | \$ 1.606.521,43   |
| 1987                         | 365      | 2,880                                    | 26,52     | 9,208                | \$ 21.420,00            | \$ 197.242,50       | \$ 2.399.783,75   |
| 1988                         | 366      | 3,580                                    | 26,52     | 7,408                | \$ 25.530,00            | \$ 189.121,68       | \$ 2.307.284,45   |
| 1989                         | 243      | 4,580                                    | 26,52     | 5,790                | \$ 39.310,00            | \$ 227.620,35       | \$ 1.843.724,83   |
| Total días                   | 8777     | Total devengado actualizado a:           |           |                      |                         | 1997                | \$ 246.768.636,80 |
| Total semanas                | 1253,86  | Ingreso Base Liquidación                 |           |                      |                         |                     | \$ 843.461,22     |
| Total Años                   | 24,38    | Porcentaje aplicado                      |           |                      |                         |                     | 75%               |
|                              |          | Primera mesada                           |           |                      |                         |                     | \$ 632.595,91     |
|                              |          | Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año |           |                      |                         | 1997                | \$ 172.005,00     |

Sin embargo y previo a determinar desde cuando se deberá cancelar la mesada pensional al actor, debe analizarse en este punto la excepción de prescripción, propuesta en oportunidad por la demandada Colpensiones<sup>3</sup>, 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 9 de noviembre de 1997 (data en cumplió los 60 años y ya tenía los 20 años de aportes) elevando su reclamo solo hasta el 11 de abril del 2019 (páginas 54 a 62 pdf Archivo 1 expediente digital) por lo que entre la exigibilidad del derecho y su reclamo transcurrieron más de los 3 años de que trata el artículo 151 del C.P.L., acudiendo a la jurisdicción el 9 de agosto de 2021 (Acta reparto Archivo 2 expediente digital), notificándose a COLPENSIONES del auto admisorio

<sup>3</sup> Desde la contestación de la demanda página 21 (Archivo 5), la cual se admitió por el juzgado mediante auto del 25 de marzo del 2022 página 109 (Archivo 7).

de la demanda de fecha 24 de agosto de 2021 (archivo 3 expediente digital) el 8 de febrero del 2022 (página 4 pdf archivo 4 expediente digital), esto es, dentro del año de que trata el artículo 94 del C.G.P.

En ese orden de ideas, se tiene que la interrupción de la prescripción se dio contrario a lo afirmado por la Juez *a quo* fue con la presentación de la reclamación administrativa -11/04/2019- y no con la presentación de la demanda, dado que entre la reclamación ante Colpensiones y la presentación de la demanda no transcurrió el termino trienal que consagra la Ley, razón por la cual las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 11 de abril del 2016 se encontrarían prescritas, no obstante y como quiera que la falladora de primera instancia estableció que la prescripción operaba para las mesadas causadas con anterioridad al **9 de agosto del 2018**, dicha decisión no se modificará, en primer lugar porque no se puede hacer más gravosa la situación de Colpensiones – apelante única ante esta instancia- dado que la parte actora desistió de su apelación y además porque se conoce el presente asunto en el grado jurisdiccional de Consulta en favor de la accionada.

Prestación pensional que se debe pagar con 14 mesadas al año al haberse causado con anterioridad al 31 de julio de 2011 -9 de noviembre de 1997- tal y como lo establece el parágrafo 6º e inciso 8 del Acto Legislativo 01 de 2005, confirmándose en estos aspectos la sentencia de primera instancia.

En otro giro, en cuanto a la indexación del retroactivo, a juicio de la Sala, ésta es completamente procedente como quiera que dicha institución jurídica persigue una actualización de la obligación en cuanto al poder adquisitivo que tenía en la fecha en que debió de haberse solucionado y aquella en que efectivamente se pague, esto es, que el inexorable paso del tiempo, sin otro condicionamiento, distinto al impago del deudor, justifica el reajuste o corrección monetaria, siendo los índices de devaluación un hecho notorio, lo que evita demostrar esa situación.

La indexación no busca resarcir un perjuicio económico en estricto sentido, como ya quedó dicho, sino adaptar a la realidad económica del país un fenómeno particular de igual naturaleza, con ello no se recibe una ventaja económica ni se indemniza por el retardo en el pago, como tampoco se percibe un rendimiento del capital adeudado, solo se recauda el monto obligacional con capacidad adquisitiva, igual a la que tenía a la fecha en que se debió pagar.



Así las cosas, dado que las mesadas pensionales cuyo pago aquí se impuso, se hicieron efectivas a partir del 9 de agosto del 2018, las cuales no han sido pagadas, entre la fecha de su disfrute y la de su pago, habrá transcurrido un lapso considerable dentro del cual se presenta la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, procediendo entonces la condena por este concepto a cargo de la demandada. Se confirma la condena.

Ahora como quiera que la Juez *a quo* NO concretó el valor del retroactivo adeudado al demandante se procede a verificar dicha cuantía con el valor de la mesada establecida en la parte considerativa del fallo de primer grado de \$1.458.933 para el 2018<sup>4</sup>, como quiera que la aquí hallada fue superior - \$2.311.758- y teniendo en cuenta que se conoce el presente asunto en virtud del grado jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones no se puede desmejorar su situación, operaciones aritméticas que hacen parte íntegra de la presente decisión arrojando para el lapso del 9 de agosto del 2018 al 29 de julio del 2022 (fecha de la presente sentencia) una suma adeudada de **\$86.901.565<sup>5</sup>**,

<sup>4</sup> Se encuentra igualmente en el expediente la tabla de liquidación efectuada por la Juez *a quo* (Archivo 19)

| Fecha inicial                                 | Fecha final | Incremento % | Valor mesada calculada | Mesada otorgada Juez de Primer Grado | Nº. Mesadas | Subtotal             |
|-----------------------------------------------|-------------|--------------|------------------------|--------------------------------------|-------------|----------------------|
| 01/01/97                                      | 31/12/97    | 21,63%       | \$ 632.596,00          | <b>PRESCRITO</b>                     |             |                      |
| 01/01/98                                      | 31/12/98    | 17,68%       | \$ 744.439,00          |                                      |             |                      |
| 01/01/99                                      | 31/12/99    | 16,70%       | \$ 868.760,00          |                                      |             |                      |
| 01/01/00                                      | 31/12/00    | 9,23%        | \$ 948.947,00          |                                      |             |                      |
| 01/01/01                                      | 31/12/01    | 8,75%        | \$ 1.031.980,00        |                                      |             |                      |
| 01/01/02                                      | 31/12/02    | 7,65%        | \$ 1.110.926,00        |                                      |             |                      |
| 01/01/03                                      | 31/12/03    | 6,99%        | \$ 1.188.580,00        |                                      |             |                      |
| 01/01/04                                      | 31/12/04    | 6,49%        | \$ 1.265.719,00        |                                      |             |                      |
| 01/01/05                                      | 31/12/05    | 5,50%        | \$ 1.335.334,00        |                                      |             |                      |
| 01/01/06                                      | 31/12/06    | 4,85%        | \$ 1.400.098,00        |                                      |             |                      |
| 01/01/07                                      | 31/12/07    | 4,48%        | \$ 1.462.822,00        |                                      |             |                      |
| 01/01/08                                      | 31/12/08    | 5,69%        | \$ 1.546.057,00        |                                      |             |                      |
| 01/01/09                                      | 31/12/09    | 7,67%        | \$ 1.664.640,00        |                                      |             |                      |
| 01/01/10                                      | 31/12/10    | 2,00%        | \$ 1.697.933,00        |                                      |             |                      |
| 01/01/11                                      | 31/12/11    | 3,17%        | \$ 1.751.757,00        |                                      |             |                      |
| 01/01/12                                      | 31/12/12    | 3,73%        | \$ 1.817.098,00        |                                      |             |                      |
| 01/01/13                                      | 31/12/13    | 2,44%        | \$ 1.861.435,00        |                                      |             |                      |
| 01/01/14                                      | 31/12/14    | 1,94%        | \$ 1.897.547,00        |                                      |             |                      |
| 01/01/15                                      | 31/12/15    | 3,66%        | \$ 1.966.997,00        |                                      |             |                      |
| 01/01/16                                      | 31/12/16    | 6,77%        | \$ 2.100.163,00        |                                      |             |                      |
| 01/01/17                                      | 31/12/17    | 5,75%        | \$ 2.220.922,00        |                                      |             |                      |
| 09/08/18                                      | 31/12/18    | 4,09%        | \$ 2.311.758,00        | \$ 1.458.933                         | 5,73        | \$ 8.364.549         |
| 01/01/19                                      | 31/12/19    | 3,18%        | \$ 2.385.272,00        | \$ 1.505.327                         | 14,00       | \$ 21.074.579        |
| 01/01/20                                      | 31/12/20    | 3,80%        | \$ 2.475.912,00        | \$ 1.562.529                         | 14,00       | \$ 21.875.413        |
| 01/01/21                                      | 31/12/21    | 1,61%        | \$ 2.515.774,00        | \$ 1.587.686                         | 14,00       | \$ 22.227.607        |
| 01/01/22                                      | 29/07/22    | 5,62%        | \$ 2.657.160,00        | \$ 1.676.914                         | 7,97        | \$ 13.359.416        |
| <b>Total retroactivo diferencia pensional</b> |             |              |                        |                                      |             | <b>\$ 86.901.565</b> |

retroactivo de mesadas pensionales que se seguirá causando hasta la fecha de inclusión de nómina de pensionados del accionante.

De esta manera se agota la competencia de la Sala por el examen de los aspectos apelados por la parte demandada y el grado jurisdiccional de consulta en su favor, procediendo la adición del fallo únicamente en cuanto al valor del retroactivo adeudado.

Sin **COSTAS** en esta instancia.

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

### RESUELVE

**PRIMERO: ADICIONAR** el ordinal **CUARTO** de la sentencia apelada y consultada, en cuanto a que COLPENSIONES adeuda por concepto de retroactivo de mesadas pensionales al accionante del lapso del 9 de agosto del 2018 al 29 de julio del 2022 (fecha de la presente sentencia) una suma de **\$86.901.565**, precisándose dicho retroactivo por mesadas pensionales se seguirá causando hasta la fecha de inclusión de nómina de pensionados del accionante, conforme a lo considerado.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás, de acuerdo a las motivaciones que preceden.

**TERCERO: SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**



**ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA**



**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

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

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JOSÉ SAUL HARRY  
SIERRA SIERRA CONTRA SOCIEDAD GUÍA IMPRESORES S.A.S.(RAD. 23  
2019 00805 01).**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado a las partes para alegar de conclusión, 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 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 ocasión del recurso de apelación interpuesto por la demandada SOCIEDAD GUÍA IMPRESORES S.A.S., contra la sentencia proferida por el Juez Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 08 de febrero de 2022 (Exp. Digital: «*AUTO 08 02 22.pdf*», «*AUDIENCIA EXP. No. 023-2019-00805-20220208\_080406-Meeting Recording.mp4*», récord 33:47), en la que se resolvió:

*«PRIMERO: DECLARAR que entre la sociedad GUIA IMPRESORES S.A.S y el señor JOSE RAUL HARRY SIERRA, se verificó un contrato de trabajo, en los siguientes periodos que a continuación se relacionan:*

- **Año 2014:**
  - 21 de enero al 5 de febrero, salario \$624.130.
  - 21 de abril al 5 de mayo, \$624.130.
  - 5 de junio al 20 de junio, el mismo salario.
  - 21 de junio al 5 de julio, el mismo salario.
  - 5 de julio al 20 de julio, \$272.743.
  - 5 de agosto al 20 de agosto, \$288.159.
  - 5 de septiembre al 20 de septiembre, \$300.303.
  - 20 de septiembre al 5 de octubre, \$426,278.
- **Año 2015:**
  - 5 de febrero al 20 de febrero, \$624.130.
  - 20 de febrero al 5 de marzo, el mismo salario.
  - 6 de marzo al 20 de marzo, el mismo salario.
  - 21 de marzo al 5 de abril, el mismo salario.
  - 6 de abril al 20 de abril, el mismo salario.

- 5 de mayo al 20 de mayo, el mismo salario.
- 21 de mayo al 6 de junio, el mismo salario.
- 6 de junio al 20 de junio, el mismo salario.
- 21 de junio al 5 de julio, el mismo salario.
- 6 de julio al 20 de julio, el mismo salario.
- 20 de septiembre al 5 de octubre, el mismo salario.
- 20 de octubre al 5 de noviembre, \$625,130.
- 6 de noviembre al 20 de noviembre, \$625,130.

*Igualmente, existencia de contrato de trabajo entre el 1 de enero de 2016 al 20 de diciembre de 2018, desempeñando el cargo de prensista, devengando salarios 2016, 2017, \$1.283.000, 2018 \$1.283.000.*

**SEGUNDO: CONDENAR** a la sociedad GUIA IMPRESORES S.A.S a reconocer y pagar el valor del cálculo actuarial por concepto de aportes pensionales a pensión (sic), aportes pensionales a favor del señor JOSE SAUL HARRY SIERRA, por los mismos periodos señalados en el numeral uno de esta sentencia y conforme a los salarios también establecidos en ese numeral.

*En ese sentido, COLPENSIONES que es la administradora de fondo de pensiones a la cual se encuentra afiliado el actor, deberá efectuar el correspondiente cálculo actuarial y ponerlo a disposición de la entidad o de la parte aquí demandada, quien le corresponde pagar dicho cálculo. Para la elaboración de dicho cálculo se tendrá en cuenta los salarios señalados anteriormente, si en algún periodo el salario es inferior al salario mínimo, pue obviamente se establecerá el salario mínimo como el devengado.*

*Como PARAGRAFO, se excluirán los periodos correspondientes a:*

**2014:** *Aparece cotizado de enero a abril, al 30 de abril de 2014. Si hay alguna condena por este periodo se excluirá porque ya se efectuó el pago y ya aparece efectuado el pago. También se excluirá el pago correspondiente a **agosto de 2016**, de septiembre a octubre de 2016 también, y el de diciembre de 2016. Esos periodos se excluirán del cálculo actuarial teniendo en cuenta que ya existe pago por dicho periodo.*

**TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas.

**CUARTO: COSTAS** a cargo del señor demandado, a favor del demandante».

Inconforme con la decisión, la demandada la apeló, solicitando su revocatoria.

Con ese propósito indica, la sentencia aplicó indebidamente el artículo 23 del CST, al dar por demostrado sin estarlo, que entre la demandada GUIA IMPRESORES S.A.S. y el señor JOSE SAUL HARRY SIERRA SIERRA, existieron algunos contratos de trabajo; pues contrario a lo manifestado por el juez a quo, que ha tenido como pruebas las documentales aportadas por la parte demandante y en el sentido que el juez manifestó no fueron tachadas y que no fueron desconocidas dentro del interrogatorio, lo cierto era que estas pruebas documentales, los recibos y liquidación presentada por la parte demandada, si fueron desconocidas en el interrogatorio de parte por el demandado.

Señaló, de las pruebas testimoniales y del interrogatorio de parte al representante legal de la sociedad demandada, hermanos entre sí, incluso con el demandante quedó demostrado que si existieron algunos contratos y convenios que hacían entre hermanos, no contratos de trabajo, indicando los testigos que el demandante y ellos mismo utilizaban a la demandada como *escampadero* cuando se quedaban sin trabajo; que su hermano Hector Fabio Sierra les colaboraba para llevar un sustento a la casa, además que el demandante y ellos hacían trabajos propios dentro de la empresa. Por lo que, de las pruebas se colige que esta es una empresa familiar creada por don Héctor Fabio Sierra, para ayudar a la familia, lejos de pretender un provecho propio en perjuicio de su hermano demandante.

Hizo referencia a la sentencia CSJ SL 35678 del 1 de febrero de 2011, con relación a la mala fe e indicó que en este caso, el hermano demandado, de buena fe le abrió las puertas de su micro empresa a su hermano demandante cada vez que lo necesitaba, celebrando contratos o convenios verbales, sin exigirle un horario de trabajo o lo que es más una subordinación, precisando que según la sentencia SL3126-2021, el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios, es la subordinación del trabajador respecto del empleador, que se ha definido como un poder de sujeción jurídica y material entre dos personas, y que el ámbito de una relación laboral se concreta en la aptitud o facultad del empleador de dar órdenes o instrucciones al trabajador, y de vigilar su cumplimiento en cualquier momento durante la ejecución del contrato de trabajo, y la obligación permanente del asalariado de obedecerlas y acatarlas cumplidamente.

No obstante lo anterior, concluyó, que en la relación declarada el despacho, no se cumple con ese segundo elemento de que trata el artículo 23, por cuanto la demandada no pudo probar que dentro de los convenios que existieron entre las partes no estuvo implícita la subordinación, elemento esencial en el contrato de trabajo y las pruebas documentales base del fallo, no fueron reconocidas dentro del interrogatorio de parte, por el demandado<sup>1</sup> (Récord 38:36 «AUDIENCIA EXP. No. 023-2019-00805-20220208\_080406-Meeting Recording.mp4»).

---

<sup>1</sup> «señor juez me permito presentar, interponer recurso de apelación contra la sentencia proferida dentro del presente proceso. Acuso la presente sentencia en la indebida aplicación del artículo 23 del Código sustantivo de trabajo, en tal por demostrado sin estarlo que entre la demandada GUÍA IMPRESORES S.A.S y el señor JOSE SAUL HARRY SIERRA SIERRA, existieron algunos contratos de trabajo, contrario a lo que ha manifestado el señor juez, que ha tenido como pruebas las documentales aportadas por la parte demandante y en el sentido que el señor juez manifiesta que no fueron tachadas y que, fueron reconocidas, y que no fueron desconocidas dentro del interrogatorio, lo cierto es que estas pruebas documentales, estos recibos y esta liquidación presentada por la parte demandada si fue desconocida en el interrogatorio de parte por el demandado.

De las pruebas testimoniales y del interrogatorio de parte al representante legal de la sociedad demandada, por cierto hermanos entre sí, incluso con el demandante quedo demostrado que si existieron algunos contratos y convenios que hacían entre hermanos, no contratos de trabajo, dicen los testigos que el demandante y ellos mismo utilizaban a la demandada como *escampadero* cuando se quedaban sin trabajo,

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 **JOSÉ SAUL HARRY SIERRA SIERRA** en este ordinario, las pretensiones relacionadas a páginas 08 a 10 del archivo «**DEMANDA ANEXOS.pdf**», las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados a páginas 06 a 08, aspirando se declare que entre las partes existieron dos contratos de trabajo, el primero desde el 09 de marzo de 1992 al 31 de enero de 2007 y el segundo entre el 01 de agosto de 2011 y el 21 de diciembre de 2018. En consecuencia, se condene a la demandada a reconocer y pagar a su favor aportes pensionales dejados de cotizar en el primero contrato entre el mes de marzo de 1993 y el 31 de enero de 2007, del segundo contrato, entre el 01 de agosto de 2011 al 21 de diciembre de 1999, todo de manera indexada. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, por cuanto se declaró la existencia de varios contratos de trabajo, en el año 2014 del 21 de enero al 5 de febrero, del 21 de abril al 5 de mayo, del 05 de junio al 20 de junio, del 21 de junio al 20 de julio, del 05 de agosto al 20 de agosto, del 5 de septiembre al 5 de octubre 2015. En el año 2015 del 5 de febrero al 20 de abril, del 5 de mayo al 20 de mayo al 20 de julio, del 20 de septiembre al 5 de octubre, del 20 de octubre al 20 de noviembre; y, del 1 de enero de 2016 al 20 de diciembre de 2018. Se condenó a esta última a pagar al demandante el valor del cálculo actuarial por

---

*su hermano Hecto Fabio les colaboraba para llevar un sustento a la casa, además que el demandante y ellos hacían trabajos propios dentro de la empresa. De las pruebas se colige que esta es una empresa familiar creada por don Héctor Fabio Sierra, para ayudar a la familia, lejos de pretender un provecho propio en perjuicio de su hermano demandante.*

*La Corte Suprema de Justicia en la sentencia 35678 del 1 de febrero de 2011, ha manifestado la mala fe se refleja en un procedimiento falto de sinceridad, con malicia, con engaño, con la convicción de obra en provecho propio y en perjuicio del intereses ajeno, mientras que la buena fe, no es otra cosa que la convicción o conciencia de no perjudicar al otro, de no usurpar la ley, ni de incumplir los negocios jurídicos, lo cual se manifiesta en la actitud de quien procede por error, pero con la convicción de no adeudar lo reclamado. De buena fe el demandado le abrió las puertas de su micro empresa a su hermano JOSE SAUL HARRY SIERRA SIERRA cada vez que lo necesitaba, celebrando contratos o convenios verbales, sin exigirle un horario de trabajo o lo que es más una subordinación, como sustento jurídico y jurisprudencial, la sentencia SL3126 del 2021, de la Corte Suprema de Justicia, sala de casación laboral, tenemos que como elementos que configuran el contrato de trabajo y su diferencia con los contratos civiles de prestación de servicios que conforme con el artículo 23 del código sustantivo del trabajo, en el contrato de trabajo concurren la actividad personal del trabajador, el salario como retribución de servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador a exigirle para exigirle el cumplimiento de ordenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo, o cantidad de trabajo, imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración de contrato, ello sin afectar su honor, dignidad, sin afectar su honor, dignidad humana, los derechos mínimos laborales*

*A partir de esta disposición de manera reiterada, la jurisprudencia de la Corte que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios, es la subordinación del trabajador respecto del empleador, que se ha definido como un poder de sujeción jurídica y material entre dos personas, y que el ámbito de una relación laboral se concreta en la aptitud o facultad del empleador de dar ordenes o instrucciones al trabajador, y de vigilar su cumplimiento en cualquier momento durante la ejecución del contrato de trabajo, y la obligación permanente del asalariado de obedecerlas y acatarlas cumplidamente.*

*La relación que acaba de declarar el despacho no se dio, no se cumple con ese segundo elemento de que trata el artículo 23, por cuanto la demandada no pudo probar que dentro de los convenios que existieron entre las partes no estuvo implícita la subordinación, elemento esencial en el contrato de trabajo. Manifiesta su despacho que ha tenido en cuenta las pruebas documentales, y reitero estas pruebas no fueron reconocidas dentro del interrogatorio de parte, por el demandado. En ese sentido dejo sustentado este recurso de apelación».*

concepto de aportes pensionales en los mencionados periodos y con los salarios que para tal efecto estableció. Lo anterior, tras considerar que con las pruebas recaudadas, interrogatorio de parte, testimonios y en especial las documentales se encontraba probada la prestación personal del servicio del actor a favor de la convocada a juicio, por lo que en aplicación de la presunción contenida en el artículo 24 del C.S.T., la que no encontró desvirtuada, concluyendo así, que la relación que ató a las partes tenía carácter laboral, sin embargo, no encontró probados los extremos temporales indicados en la demanda de modo que dio aplicación a la jurisprudencia laboral estableciéndolos de forma aproximada, al tener por establecida la prestación del servicio en los periodos determinados.

Establecido lo anterior se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto 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 appellatum*).

Precisado lo anterior y con el ánimo de dar desarrollo a los puntos esgrimidos, debe señalarse inicialmente, en los juicios del trabajo es primordial para el Juez establecer si existe o no contrato de trabajo, que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales y, acreditados los extremos, resultaría factible efectuar las liquidaciones a que hubiere lugar.

En autos, la existencia o no de un contrato de trabajo resulta ser justamente el distanciamiento principal entre las partes, en tanto su declaración judicial constituye la pretensión principal del demandante, mientras que la traída a juicio se opone al afirmar que se trató de un contrato de prestación de servicios de naturaleza civil, razón por la cual precisa la Sala, no tiene importancia la denominación que al mismo le asignen las partes, ni que se halle regido por estipulaciones especiales, pues lo que configura el contrato de trabajo es la forma como se ejecuta la prestación, es decir, debe hacerse primar la realidad sobre la apariencia formal, de acuerdo con el artículo 53 Constitucional y el entendimiento jurisprudencial y doctrinal en torno al tema.

De igual forma, es menester señalar, a la parte actora le basta acreditar la prestación personal del servicio, por cuanto en virtud de la ventaja probatoria consagrada en el artículo 24 del C. S. del T., se podría presumir la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, correspondiendo por tanto a la llamada a juicio desvirtuar su

existencia (Al respecto, puede consultarse la sentencia CSJ SL2480-2018 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia<sup>2</sup>).

Así, se advierte, en el caso de marras no se encuentra en discusión la prestación personal del servicio del demandante en favor de la demandada por cuanto la misma fue aceptada desde la contestación de la demanda (Exp. Digital: «CONTESTACION DEMANDA.pdf», hechos 12 a 16, págs. 3 y 4), aunado a ello, se aportó copia de la historia laboral expedida por COLPENSIONES, que da cuenta de las cotizaciones efectuadas al demandante a nombre de la accionada GUÍA IMPRESORES SAS en algunos periodos de los años 2013, 2014 y 2016 (págs. 27 a 31, ib.); comunicación de fecha 06 de diciembre de 2018 dirigida al demandante por parte del representante legal de la accionada y hermano del actor, Héctor Fabio Sierra (pág. 36), donde se le informa:

**Respetado señor:**

Por medio de la presente nos permitimos informar que el acuerdo verbal realizado el 8 de enero de 2018, el cual tiene como objeto el desarrollo de la labor como impresor, se da por terminado el 20 de diciembre de 2018, sin que las partes estén obligadas a realizar un nuevo convenio.

Agradecemos a usted su colaboración y buen desempeño desarrollado durante la vigencia del presente acuerdo.

Cordialmente,

  
HECTOR FABIO SIERRA SIERRA

De igual modo, la parte actora arrimó con la demanda varios comprobantes de pago, empero, de los mismo no es posible tener certeza si fueron expedidos por la accionada, no cuenta con firma, distintivo o indicio alguno que dé cuenta de ello, pese a que sobre los mismo no hubo oposición, pero por tal circunstancia se le debe

<sup>2</sup> «Sea lo primero recordar que tal y como lo ha reiterado esta Sala, para la configuración del contrato de trabajo se requiere que esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor del demandado, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica –que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral-, no es menester su acreditación cuando la primera se hace manifiesta, pues en tal evento, lo pertinente es hacer uso de la prerrogativa legal prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo modificado por el artículo 2.º de la Ley 50 de 1990, según el cual «se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo».

De acuerdo con lo anterior, al actor le basta con probar en el curso de la litis su actividad personal, para que se presuma en su favor el vínculo laboral, y es al empleador a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción, evidenciando que la relación fue independiente y no subordinada.”



restar valor probatorio. No obstante, con los medios probatorios ya anunciados la prestación personal del servicio del actor en favor de la sociedad demandada, se encuentra suficientemente demostrada, de ahí que, el promotor del juicio se encuentra cobijado por la presunción del artículo 24 del C.S.T., antes referida, y en ese orden, le correspondía al demandado desvanecer la presunción en comento.

Sin embargo, analizado en su integridad el acervo probatorio acopiado en autos, no encuentra la Sala elementos que, en suma, conlleven a desvirtuar dicha presunción, particularmente, factores que permitan concluir que la actividad realizada por el demandante era autónoma, ni siquiera con lo señalado por el representante legal de la accionada en el interrogatorio de parte y por los testigos arrimados al proceso, que también son hermanos de los sujetos procesales en contienda.

En efecto, el representante legal de la demandada en el interrogatorio de parte, admitió que su hermano demandante le prestó sus servicios, incluso antes de constituir la empresa, trabajándole en varios periodos y para lo cual realizaban unos *convenios*, no contrato de trabajo, a través de los cuales le hacía los respectivos pagos, incluyendo prestaciones sociales que eran canceladas de forma proporcional por el tiempo que trabajaba.

Asimismo, los testimonios de JESÚS ALFREDO, MARITZA y MAGDALENA SIERRA, fueron coincidentes en indicar que su hermano JOSÉ SAUL SIERRA prestó sus servicios para su otro hermano, primero como persona natural y luego en la sociedad Guía Impresores, incluso ellos también en determinados momentos trabajaron también para su hermano realizando labores propias del giro ordinario de los negocios de la empresa. De modo, que ninguno de ellos pudo desvirtuar la aludida presunción, por el contrario, la reafirman con sus dichos al señalar que, por ejemplo, por esas labores recibía una remuneración sin que pudieran explicar con precisión la forma en que prestaba el servicio, pues muchas de sus respuestas se orientaron a indicar que no les constaba o no tenían conocimiento directo de ello, sino porque su hermano propietario de la empresa, se los indicó.

En ese orden de ideas, si bien es cierto no se tienen en cuenta los comprobantes de nómina por la falencia antes dicha, lo cierto es que, contrario a lo se afirma en la alzada, al estar determinada la prestación personal del servicio la parte actora cuenta con la ventaja probatoria que presume los demás elementos del contrato de trabajo, sumado a que existen en los documentos y demás medios probatorios

analizados, indicios que dan cuenta de una relación laboral subordinada, que como lo tiene definido la reciente jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, algunos de ellos se encuentran enunciados, en el artículo 23 del CST, tales como el cumplimiento de órdenes en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo y la imposición de reglamentos, pero que deben armonizarse con la Recomendación No. 198 de la OIT y que fueron recordados en la sentencia CSJ SL1439-2021, así:

*«La Sala Laboral ha identificado algunos indicios relacionados en la Recomendación n.º 198 de la OIT que, sin olvidar su carácter relativo o circunstancial, no exhaustivo y dinámico, pueden ser útiles para descifrar una relación de trabajo subordinada. De esta forma, ha considerado como tales la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020); la exclusividad (CSJ SL460-2021); la disponibilidad del trabajador (CSJ SL2585-2019); la concesión de vacaciones (CSJ SL6621-2017); la aplicación de sanciones disciplinarias (CSJ SL2555-2015); cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019); el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (CSJ SL981-2019); realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el del beneficiario del servicio (CSJ SL4344-2020); el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019); el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (CSJ SL4479-2020); el desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393); la terminación libre del contrato (CSJ SL6621-2017) y la integración del trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020)<sup>3</sup>».*

De tales indicios para determinar la subordinación, en el caso de marras, se evidencian como tales, aparte de prestar el servicio personal, el hecho de que se percibía una remuneración por el servicio prestado, la labor de prensista se realizaba en el local y con las herramientas de la demandada, hubo cierta continuidad en el desempeño de esa labor, cuyo único beneficiario era la empresa demandada; siendo dable de este modo, concluir la subordinación del actor respecto del beneficiario de sus servicios personales, lo cual no fue desvirtuado y por lo tanto, no puede colegirse cosa distinta a que entre el actor y la llamada a juicio existió una verdadera relación de trabajo, y bajo ese entendido, habrá de

---

<sup>3</sup> En general, podría afirmarse que los indicios construidos por la Sala Laboral coinciden con los descritos en la Recomendación n. 198 de la OIT, instrumento que reseña los siguientes:

(a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y

(b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador.

confirmarse la sentencia de primer grado en este aspecto, precisándose, la Sala se abstiene de analizar las condenas que de allí se derivaron por no haber sido tal asunto objeto de apelación.

Agotada como se encuentra la competencia de esta instancia por el estudio de los puntos objeto de apelación, lo que sigue es la confirmación de la sentencia de primera instancia, conforme a lo motivado.

**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,

### **RESUELVE**

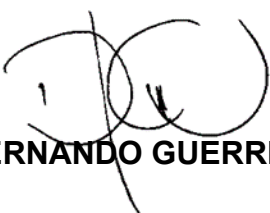
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

  
**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

  
**ELBIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA**

  
**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ELKIN JAVIER MARTINEZ QUINTERO CONTRA WOLVES SECURITY LTDA. y en solidaridad MIRALBA PATRICIA LEAL CARRILO, MARIA XIMENA DEL SOCORRO GONZALEZ DUQUE y ELVIS JORDÁN CRUZ (RAD. 24 2017 00257 01)**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio 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 29 de abril 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 promovido por la parte demandante, contra la sentencia proferida por la Juez Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 23 de febrero del 2022 (*Audio archivo 7 expediente digital, récord 59:17*), en la que se resolvió:

**“PRIMERO: DECLARAR** que entre el demandante el señor *ELKIN JAVIER MARTÍNEZ QUINTERO* y la Sociedad demandada *WOLVES SECURITY LIMITADA* existió un único contrato de trabajo con vigencia entre el 9 de enero de 2012 al 3 de abril de 2017 en virtud de la cual desempeño el cargo de director de operaciones devengando como última remuneración la suma de 3'600.000 de conformidad lo expuesto en la parte motiva del presente proceso.

**SEGUNDO: CONDENAR** a la Sociedad *WOLVES SECURITY LIMITADA* y solidariamente a sus socios *Miralba Patricia Leal Carrillo, María Jimena del Socorro González Duque y Elvis Jordán Cruz* y solo hasta el límite de sus aportes a reconocer y pagar a favor del demandante el señor *Elkin Javier Martínez Quintero* debidamente indexada las siguientes sumas y conceptos:

-La suma de once millones setecientos treinta mil pesos (11'730.000) por concepto de cesantías

-La suma de seiscientos sesenta y seis mil ochocientos treinta pesos (667.830) por concepto de intereses a las cesantías por los periodos laborados y no prescritos  
-La suma de doce millones ciento sesenta y siete mil novecientos veinte y cinco pesos (12'167.925) por concepto de prima de servicios por los periodos laborados y no prescritos  
-La suma de tres millones doscientos noventa y seis mil cuatrocientos sesenta y dos pesos (3'296.462) moneda corriente por concepto de compensación en vacaciones por los periodos laborados y no prescritos.

**TERCERO: CONDENAR** a la demandada WOLVES SECURITY LIMITADA y solidariamente a sus socios Miralba Patricia Leal Carrillo, María Jimena del Socorro González Duque y Elvis Jordán Cruz, y solo hasta el límites de sus aportes a reconocer y pagar a favor del demandante el señor Elkin Javier Martínez Quintero los aportes a pensión junto con los respectivos intereses que trata el artículo 23 de la ley 100 del 93 que deberán ser consignados al fondo de pensiones que indique el demandante se encuentre afiliado o su defecto de encontrarse afiliado a la administradora de pensiones COLPENSIONES por los periodos y tomando como ingreso base cotización la sumas contenidas y referidas en la parte motiva del presente proveído.

**CUARTO: ABSOLVER** a la Sociedad WOLVES SECURITY LIMITADA, así como a los señores Miralba Patricia Leal Carrillo, María Jimena del Socorro González Duque y Elvis Jordán Cruz delas demás pretensiones en su contra por el aquí demandante el señor Elkin Javier Martínez Quintero de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

**QUINTO: DECLARAR** parcialmente probado los hechos sustento la excepción de prescripción propuesta por los demandados y no probado por los demás.

**SEXTO: CONDENAR** en costas los demandados a favor del demandante, liquídese por secretaria en la oportunidad procesal correspondiente incluyendo en ellas la suma de dos millones de pesos (2'000.000) como valor que se estiman las agencias en derecho.”

Inconforme con la decisión, la parte actora impugna la decisión, frente a tres puntos en concreto.

En cuanto a la absolución de la indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del C.S.T. considera que buena fe no ha habido ya que al demandante no se le pagaron todos sus auxilios de cesantías y algunas de sus acreencias durante la relación laboral que sostuvo con la demandada quien además no acudió al proceso, solicitando se cancele esa sanción.

Respecto de la indemnización por despido injusto señala la misma se debe pagar por cuanto se demostró que el actor no renunció, sino que le terminaron el contrato de forma unilateral.

Y en cuanto a la condena solidaria de los socios de la demandada expresa no se debe limitar hasta el monto de sus aportes ya que con ello se vulnera el principio

de buena fe contractual utilizando a la sociedad de riesgo limitado no con el propósito de lograr un fin constitucional válido, sino con la intención de defraudar los intereses de terceros, entre ellos, los derechos de los trabajadores, aduciendo las actuaciones maliciosas, desleales o deshonestas de los accionistas generan un daño para con los terceros, y por ello se debe exigir de los socios la reparación del daño acontecido, precisando que en caso de que las obligaciones a cargo de la sociedad tengan el carácter de fiscales o laborales y tratándose de sociedades de responsabilidad limitada, los socios serán responsables solidaria e ilimitadamente cuando quiera que las compañías no pudiesen satisfacerlas totalmente. (Audio archivo 7 expediente digital, récord 1:02:22<sup>1</sup>)

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 escrito de subsanación de la demanda (páginas 148 a 154 del archivo 1 expediente digital), las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados en las páginas 145 a 148 (ibídem),**

---

<sup>1</sup> Gracias señora Juez, me permito apelar la decisión, agradezco la sentencia, la respeto y en general estoy de acuerdo pero hay 3 puntos en los que no estoy de acuerdo y en esto se basaría mi apelación, el primero es que no se haya decretado la indemnización del artículo 65 y se haya traído a colación la buena fe, nosotros consideramos que buena fe no ha habido en tanto que, a él no se le pagaron todos sus auxilios de cesantías y algunas de sus acreencias durante la relación laboral que sostuvo, además, no han aparecido nunca dentro del proceso, de hecho tenemos a la Doctora Laura Isabel que está representando al demandado y consideraría yo que buena fe pues no ha habido entonces pues solicitamos que si se demuestre que no hay buena fe y que debe cancelarse esa indemnización del artículo 65, lo mismo también consideramos que se debe cancelar la indemnización por despido injusto del artículo 99 (sic) por que se demostró que el no renunció, a él le terminaron el contrato de forma unilateral y lo último sería lo de la solidaridad en cuanto a que solamente hasta el límite de sus aportes, no estamos de acuerdo por cuanto hay estos puntos: Cuando se vulnera el principio de buena fe contractual y se utiliza a la sociedad de riesgo limitado no con el propósito de lograr un fin constitucional válido, sino con la intención de defraudar los intereses de terceros, entre ellos, los derechos de los trabajadores, es que el ordenamiento jurídico puede llegar a hacer responsables a los asociados, con fundamento en una causa legal distinta de las relaciones que surgen del contrato social. Es entonces en las actuaciones maliciosas, desleales o deshonestas de los accionistas que generan un daño para con los terceros, en donde se encuentra la fuente para desconocer la limitación de la responsabilidad y exigir de los socios la reparación del daño acontecido. Estas herramientas legales se conocen en la doctrina como la teoría del levantamiento del velo corporativo cuya finalidad es desconocer la limitación de la responsabilidad de los asociados al monto de sus aportaciones, en circunstancias excepcionales ligadas a la utilización defraudatoria del beneficio de la separación. Al respecto, ha sostenido la doctrina: “El ente hermético se abre siempre que surja o se perciba un asomo de mala fe, fraude, abuso del derecho o simulación. Así mismo cuando se forma para burlar el ordenamiento jurídico, o si después de constituida con arreglo a la ley se desvía de su finalidad, o la persona es utilizada para actos o propósitos ilícitos”, debe además precisarse que en caso de que las obligaciones a cargo de la sociedad tengan el carácter de fiscales o laborales y tratándose de sociedades de responsabilidad limitada, los socios serán responsable solidaria e ilimitadamente cuando quiera que las compañías no pudiesen satisfacerlas totalmente. Sustento así mi apelación señora juez muchas gracias.

solicitando se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 9 de enero del 2012 hasta el 3 de abril del 2017 el cual terminó unilateralmente y sin justa causa en forma verbal por parte del empleador, igualmente pide se condene a los señores MIRALBA PATRICIA LEAL CARRILLO, MARIA XIMENA DEL SOCORRO GONZALEZ DUQUE y ELVIS JORDAN CRUZ solidariamente responsables del pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones que se causaron en vigencia del contrato, en consecuencia se condene al pago del auxilio de cesantías, intereses sobre las cesantías, primas de servicio, compensación de vacaciones, indemnización por no consignación del auxilio de cesantías, diferencia de salarios, indemnización por terminación sin justa causa del contrato de trabajo, indemnización moratoria, aportes al sistema de seguridad social en pensiones y salud, indexación de los valores adeudados, derechos *ultra y extra petita* y costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, por cuanto se declaró la existencia de un contrato de trabajo desarrollado entre el 9 de enero del 2012 y el 3 de abril del 2017 devengando como último salario la suma de \$3.600.000 condenando a la demandada y a sus socios (hasta el límite de sus aportes) al pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, compensación en vacaciones, y aportes a pensión con intereses, declarando parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las acreencias causadas con anterioridad al 16 de mayo del 2014 (3 años anteriores a la interposición de la demanda). Lo anterior tras considerar que el demandante acreditó la prestación personal del servicio y la demandada no desvirtuó la presunción que lo cobijaba.

Absolvió de la diferencia de salarios por no haberse probado por el demandante los rubros señalados en la demanda como devengados durante la relación laboral. En relación con la indemnización moratoria e indemnización por no consignación de cesantías, expresó que no procedía condena dado que ambas partes actuaron bajo el convencimiento que se trataba de un contrato de prestación de servicios y en relación con la indemnización por terminación del contrato señaló su improcedencia dado que el demandante no probó el hecho del despido.

En este orden de ideas, sea lo primero señalar, no es motivo de discusión en esta instancia que entre el demandante y la sociedad WOLVES SECURITY LTDA existió un contrato de trabajo entre el 9 de enero del 2012 y el 3 de abril del 2017

desempeñando el cargo de Director de Operaciones, devengando como último salario la suma de \$3.600.000 conclusiones a las que arribó la juzgadora de primer grado frente a las cuales no se formuló reparo alguno por las partes.

En ese orden, se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, 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 appellatum).

Así pues, en lo que toca al pago de la **indemnización moratoria** prevista en el artículo 65 del C.S.T., y respecto de la cual se solicita su condena ante la falta de pago de las prestaciones sociales, sentado está por la jurisprudencia que la sanción moratoria no procede de manera automática, sino que ha de analizarse la buena o mala fe con la que actuó el empleador<sup>2</sup>, examinando la situación específica del mismo en cada caso, en otros términos, su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos que guiaron la conducta del empleador a efectos de determinar si tuvo la intención de desconocer los derechos de su trabajador.

En este sentido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-3288-2021 puntualizó:

“Pues bien, esta Corporación ha señalado de manera inveterada que la sanción moratoria prevista en la normativa atrás citada no constituye una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al finiquitar el contrato de trabajo, deje de cancelar al trabajador los salarios y prestaciones sociales adeudados, de ahí que la misma encuentre lugar cuando quiera que, en el marco del proceso, el empleador no aporte razones serias y atendibles de su conducta, en la medida que razonablemente lo hubiere llevado al convencimiento de que nada adeudaba por salarios o derechos sociales, lo cual de acreditarse conlleva a ubicar el actuar del obligado en el terreno de la buena fe, y en este caso no

---

<sup>2</sup> “...Esta Sala de la Corte, desentrañando el sentido de la norma transcrita y buscando evitar injusticias en su aplicación automática, ha dicho en multitud de ocasiones: “El entendimiento del artículo 65 del C. S. del T. conlleva a la luz de la jurisprudencia, la apreciación de los elementos subjetivos de mala fe o buena fe para la aplicación de la norma. La sanción por ella consagrada no opera de plano sobre los casos de supuestas prestaciones sociales no satisfechas por el patrono, ya que tal indiscriminada imposición de la pena pecuniaria es una aberración; contraría las normas del derecho que proponen el castigo como correctivo de la temeridad, como recíproco del ánimo doloso” (Sent. del 9 de abril de 1.959, G. J. T. XC, p. 423, reproducida, entre muchas otras, en las del 20 de mayo de 1.963 y el 20 de julio de 1.968). Con respecto a la prueba de los elementos subjetivos aludidos, también como desarrollo jurisprudencial de esta Corporación, se ha dicho que el empleador sólo se libera de la indemnización a que alude la disposición en cita, demostrando que su actitud reticente obedeció a motivos valederos que evidencian sin lugar a dudas su buena fe.” (Sentencia de junio 13/91 Extractos de Jurisprudencia Tomo 6, 2o. trimestre 1.991).



procedería la sanción prevista en los preceptos legales referidos. Situación que fue justamente la que descartó el ad quem, toda vez que estableció que el ánimo de la demandada con las formas aparentes dadas a la relación contractual fue la de sustraerse de sus obligaciones laborales.” (Subrayado fuera de texto).

Conforme a lo anterior, advierte ésta Sala de decisión en el *sub examine*, la sociedad demandada no aludió a circunstancia alguna que justificara la omisión en el pago del auxilio de cesantías, intereses a las cesantías y prima de servicios, causados a favor del demandante en vigencia del contrato de trabajo que los unió, precisando si bien su defensa (*ver contestación demanda páginas 176 a 194*) se basó en la celebración de un contrato de trabajo del 23 de enero del 2012 al 30 de marzo del 2013 del cual aduce la liquidación de prestaciones sociales si fue cancelada el 12 de abril del 2013 no prueba dicho pago y respecto del periodo posterior al 30 de marzo del 2013 señala hubo celebración de contratos de prestación de servicios, precisándose no se puede dejar de lado que en la realidad se configuró fue un verdadero y único contrato de trabajo como se estableció desde la primera instancia sin que se pueda olvidar en los términos del artículo 14 del C.S.T, que las prerrogativas y derechos derivadas del trabajo son irrenunciables, por lo que se estima desdeñable la posición de la llamada a juicio al resistirse a pagar las acreencias debidas al actor por dicha razón, pues como se dejó evidenciado, no tenía en su haber argumentos de orden fáctico y jurídico respetables, de cierta probidad, para establecer que en efecto la relación se rigió fue por un contrato de prestación de servicios con posterioridad al 30 de marzo del 2013.

En esa medida, a juicio de esta Corporación y en contraposición a lo concluido por la juzgadora de primer grado, procedente resulta el pago de la sanción moratoria rogada por el demandante, precisándose de conformidad con el artículo 65 del C.S.T., modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, para el caso en que el trabajador devengue más de un salario mínimo, y como ocurre en el *sub examine*, ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria dentro de los 24 meses con posterioridad a la terminación del contrato, pues el vínculo finalizó el 3 de abril del 2017 (*de acuerdo a lo concluido por la a quo*) y acudió a la jurisdicción el 17 de mayo del 2017 (*página 136 Archivo 1 expediente digital*), se deberá cancelar una suma igual al último salario diario por cada día de retardo hasta por 24 meses, precisando el último salario devengado por el accionante y determinado en primera instancia fue de \$3.600.000 (*no objeto de reparo por la parte actora*),

razón por la cual se condenará al pago de **\$86.400.000** a partir del día siguiente a la terminación del contrato de trabajo 4 de abril del 2017 y hasta el 3 de abril del 2019 así:

$$\$3.600.000 / 30 = \$120.000 \times 720 \text{ días (24 meses)} = \$86.400.000$$

A partir del mes 25 -4 de abril de 2019-, deberá cancelar la parte demandada al señor ELKIN JAVIER MARTINEZ QUIENTERO los intereses moratorios liquidados a la tasa máxima legal certificada por la Superintendencia Financiera, hasta cuando el pago de las prestaciones en dinero debidas se verifique.

Por estas razones, se revocará la condena al pago indexado de la suma impuesta por concepto de cesantías y primas de servicio, pues al otorgarse la indemnización moratoria la cual es justamente de carácter indemnizatorio, la indexación o actualización de las sumas adeudadas pierde su objetivo, cual es, el de prevenir la devaluación de la moneda, concretamente, en relación a las sumas objeto de condena.

Manteniendo la Sala la condena de la indexación únicamente frente a los intereses de las cesantías y a la compensación de las vacaciones, toda vez que para los primeros la sanción moratoria sería el pagarlos dobles, conforme lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 2 de la ley 52 de 1975<sup>3</sup>, lo cual no fue solicitado en autos y las vacaciones no constituyen una prestación social.

En cuanto a la **indemnización por terminación del contrato de trabajo sin justa causa** respecto de la cual señala el apelante se debe otorgar por cuanto se demostró que el actor no renunció, sino que le terminaron el contrato de forma unilateral. Es preciso recordar, es el trabajador el que corre con la carga de demostrar el hecho del despido y una vez acreditado ello, se desplaza la carga al empleador quien debe dirigir su actividad probatoria a demostrar los motivos que en el momento oportuno le invocó y comunicó al actor para romper el contrato, a fin de que el fallador de turno, previa valoración pueda ubicarlos o no en una de las causales abstractas y taxativas que señala la ley para tener como justo el despido.

---

<sup>3</sup> «Si el patrono no pagare al trabajador los intereses aquí establecidos, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos por las partes, deberá cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados.»

Así lo ha reiterado la jurisprudencia de la H Corte Suprema de Justicia, entre muchas otras en sentencia SL 592 del 29 de enero de 2014:

*“En el campo laboral, en forma por demás reiterada, esta Sala de Casación tiene adoctrinado que, en materia de despidos, sobre el trabajador gravita la carga de demostrar que la terminación del contrato fue a instancia del empleador, y a éste, si es que anhela el éxito de su excepción, le corresponde demostrar que el despido se basó en las causas esgrimidas en el documento con el que comunicó su decisión.”*

Así las cosas, en el caso de marras debe precisarse el actor en el hecho No. 29 (página 148 Archivo 1 expediente digital) aduce que fue notificado de la terminación unilateral del contrato, sin embargo tal situación no se probó al interior del proceso, por lo que tal circunstancia quedó contenida en su mera afirmación, aunado a ello las declaraciones del testigo decretado nada esclarece frente al tema, pues el señor CESAR ALBERTO GUEVARA PARRA indicó no saber al respecto pues dejó de laborar para la demanda el 30 de marzo del 2017 (Archivo 4, audiencia 10 de noviembre del 2021 record: 51:10).

De este modo, advierte la Sala sin mayores consideraciones que no aparece demostrado en el plenario que el contrato de trabajo que ató a las partes hubiera terminado por decisión unilateral del empleador WOLVES SECURITY LTDA., pues en ese sentido, la actividad probatoria desplegada por la activa, a quien le correspondía la carga de dicha prueba fue precaria, por manera que no es dable atribuir decisión unilateral de una u otra parte tendiente a poner fin a tal nexo contractual, pues se itera, tal situación no ha sido probada, razón por la cual se debe entender que la vinculación laboral finalizó por voluntad del señor MARTINEZ QUINTERO y en este orden de ideas deberá confirmarse la decisión de primera instancia.

Finalmente, en cuanto a la **responsabilidad solidaria** se debe tener en cuenta del texto del artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo, emana con claridad la responsabilidad legal de los miembros de las sociedades de personas para con las obligaciones resultantes del contrato de trabajo que las últimas suscriben, por lo que deberán entonces éstas personas naturales responder solidariamente de las obligaciones patronales cuyo reconocimiento y pago se ordenó en esta sentencia, sólo hasta un monto igual al del valor de sus cuotas sociales conforme así lo considero la Juez de primer grado, pues como se puede leer de la tal normativa la condena que le cabe a cada uno de los socios la limita la propia ley al valor de su

cuota social, por lo que no puede como lo pretende el recurrente emitirse condena por una obligación sin límites, advirtiéndose la responsabilidad de los socios se extiende de manera solidaria hasta el límite de la responsabilidad de cada uno de ellos, que es una cantidad equivalente a su aporte inicial, pues se trata de una responsabilidad solidaria adicional de ellos, de modo que los socios responden solidariamente pero no ilimitadamente, sino se itera hasta el límite de sus aportes.

Frente a esta temática ya se ha pronunciado la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4385-2018 Rad. 52048 del 10 de octubre del 2018, así:

*“1. Responsabilidad solidaria de los socios ...*

*Frente a este tópico la censura estima que el Tribunal no acertó en la interpretación del artículo 36 del CST, por cuanto de este no se desprende que los socios de una sociedad limitada, solamente respondan frente a los créditos laborales hasta el monto de sus aportes.*

*El artículo 36 del CST que es el llamado a gobernar el tema de la responsabilidad solidaria establece:*

*Son solidariamente responsables de todas las obligaciones que emanen del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros y éstos entre sí en relación con el objeto social y sólo hasta el límite de responsabilidad de cada socio, y los condueños o comuneros de una misma empresa entre sí, mientras permanezcan en indivisión (Subraya la Sala).*

*Conforme a la norma en cita, en las sociedades limitadas, las cuales según la jurisprudencia participan de la condición de ser sociedades de personas, la condena que cabe a cada uno de los socios la limita la ley a la responsabilidad societaria, que corresponde al monto de su capital o cuota social; por ello, no procede condenar a una obligación sin límites en los créditos laborales, como lo sugiere el recurrente, dado que el sujeto de los derechos y obligaciones es el ente social, pero no los socios.*

*En tales condiciones es dable colegir, que la interpretación del Tribunal no fue equivocada, pues es precisamente el artículo en cita el que permite limitar la responsabilidad de los socios de una sociedad de personas, en los créditos laborales hasta el monto de sus aportes. Así las cosas, no puede el operador judicial, bajo ningún pretexto extender la responsabilidad pecuniaria fijada en una norma de manera ilimitada, ni desconocer las directrices legales en ella consagrada, para aplicarla de manera diferente o en situaciones disímiles a las textualmente reguladas, por no ser ello, resorte de sus competencias.”*

De ésta manera se agota la competencia de la Sala, por el estudio de los argumentos expuestos por el recurrente en la alzada, procediendo a la revocatoria parcial de la sentencia de primer grado conforme a las consideraciones atrás expuestas.

**SIN COSTAS** en esta instancia.

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

### RESUELVE

**PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral **CUARTO** de la sentencia proferida por la Juez 24 Laboral del Circuito de Bogotá y, en su lugar, **CONDENAR** a WOLVES SECURITY LTDA. y solidariamente a MIRALBA PATRICIA LEAL CARRILO, MARIA XIMENA DEL SOCORRO GONZALEZ DUQUE y ELVIS JORDÁN CRUZ a éstos últimos, únicamente hasta un monto igual al del valor de su cuota social, a pagar favor del demandante la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T. en suma de **\$86.400.000** por los primeros 24 meses contados a partir del día siguiente a la terminación del contrato de trabajo (del 4 de abril del 2017 al 3 de abril del 2019), y a partir del mes 25 -4 de abril de 2019- intereses moratorios a la tasa máxima legal certificada por la Superintendencia Financiera, hasta que se produzca el pago total de la obligación.

**SEGUNDO: REVOCAR** la condena de indexación impuesta a la parte demandada, en el numeral SEGUNDO del fallo de primer grado, **únicamente** respecto de las cesantías y primas de servicios, **manteniendo su condena** frente a los intereses a las cesantías y compensación de vacaciones, conforme a lo considerado.

**TERCERO: CONFIRMAR** en lo demás, la sentencia apelada

**CUARTO: SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

  
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

  
ELVIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA

  
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

*EXP. No. 24 2018 00225 01 WILLIAM JOSE´DURAN NIÑO CONTRA ASESORES EN DERECHO S.A.S. en su calidad de mandataria con representación del Patrimonio Autónomo “PANFLOTA”, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA como administradora del Fondo Nacional del Café, la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo de Pensiones “PANFLOTA” y la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO*

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL**

**BOGOTÁ D.C.**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR WILLIAM JOSE´DURAN NIÑO CONTRA ASESORES EN DERECHO S.A.S. en su calidad de mandataria con representación del Patrimonio Autónomo “PANFLOTA”, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA como administradora del Fondo Nacional del Café, la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo de Pensiones “PANFLOTA” y la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO (RAD. 24 2018 00225 01).**

Bogotá D.C. veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado para presentar alegatos de conclusión, 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 los recursos de apelación interpuestos por el demandante y las demandadas FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. como vocera y administradora de PANFLOTA, la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS - como administradora del Fondo Nacional del Café- y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de ésta última, contra la sentencia proferida el pasado 4 de noviembre del 2021 por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá en virtud de lo establecido en el Acuerdo PCSJA21-11766 del 11 de marzo del 2021 emanado del Consejo Superior de la Judicatura, (*Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, Art. 80 C.P.T y la S.S., récord 1:46:52, Archivo 11 expediente digital*), en la que se resolvió:

EXP. No. 24 2018 00225 01 WILLIAM JOSE DURAN NIÑO CONTRA ASESORES EN DERECHO S.A.S. en su calidad de mandataria con representación del Patrimonio Autónomo "PANFLOTA", la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES–, la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA como administradora del Fondo Nacional del Café, la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo de Pensiones "PANFLOTA" y la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

**“PRIMERO: DECLARAR** que entre el señor WILLIAM JOSE DURAN NIÑO y la extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE existió dos contratos de trabajo a término indefinido vigentes desde el 13 de marzo de 1975 hasta el 30 de octubre de 1978, con 45 días de licencias y sanciones según da cuenta la hoja de vida que se mencionó, y el segundo desde el 23 de noviembre de 1979 al 31 de mayo de 1982, con 55 días de licencias.

**SEGUNDO: CONDENAR** a COLPENSIONES, entidad a la cual se encuentra afiliado el actor, a realizar el respectivo calculo actuarial, por concepto de aportes para pensión, correspondientes al tiempo que no estuvo afiliado el demandante señor WILLIAM JOSE DURAN NIÑO desde el 13 de marzo de 1975 al 30 de octubre de 1978, con 45 días de licencias y/o sanciones, y teniendo en cuenta un salario de US\$730.68 y también teniendo en cuenta el periodo comprendido desde el 23 de noviembre de 1979 al 31 de mayo de 1982, con 55 días de licencias, con salario US\$1053.4.

**TERCERO: CONDENAR** a la demandada ASESORES EN DERECHO en su calidad de mandataria con representación de PANFLOTA emitir la respectiva resolución a través de la cual se reconozca y ordene transferir a COLPENSIONES el valor correspondiente al cálculo actuarial a favor del señor WILLIAM JOSE DURAN NIÑO.

**CUARTO: CONDENAR** a la FIDUPREVISORA S.A como vocera del patrimonio autónomo de PANFLOTA, a pagar a COLPENSIONES a nombre de señor WILLIAM JOSE DURAN NIÑO, el valor del cálculo actuarial por el tiempo que este no estuvo afiliado al sistema general de pensiones, esto es desde el 13 de marzo de 1975 al 30 de octubre de 1978, con 45 días de licencias y desde el 23 de noviembre de 1979 al 31 de mayo de 1982, con 55 días de licencias, a entera satisfacción de la ADMINISTRADORA DE PENSIONES, conforme a la liquidación que esta misma elabore, con cargo a los recursos del patrimonio autónomo PANFLOTA, según se expuso.

**QUINTO: DECLARAR** que la demandada FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS en su calidad de administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ es responsable subsidiariamente de la obligación pensional por concepto de pago de cálculo actuarial de los aportes a pensión del señor WILLIAM JOSE DURAN NIÑO aquí ordenado, en su calidad de matriz o controlante de la extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE GRAN COLOMBIANA y consecuencia, condenarla a ésta a reconocer y pagar el cálculo a favor del demandante, siempre que la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. en su condición de administradora del Patrimonio PANFLOTA, no cuente con los recursos económicos para asumir tales obligaciones, las cuales serán cubiertas con los recursos del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ.

**SEXTO: CONDENAR** a COLPENSIONES reconocer y pagar la pensión de vejez a favor del demandante WILLIAM JOSE DURAN NIÑO, la cual desde el 1° de febrero de 2017, conforme se expuso.

**SÉPTIMO: CONDENAR** a COLPENSIONES a realizar una nueva liquidación de la pensión de vejez reconocida a través de la resolución SUB 167860 del 22 de agosto de 2017, con base a los salarios devengados y reportados durante toda su vida laboral, incluyendo los tiempos servidos para la FLOTA MERCANTE GRAN COLOMBIANA desde el 13 de marzo de 1975 al 30 de octubre de 1978, con 45 días de licencias y sanciones, y desde el 23 de noviembre de 1979 al 31 de mayo de 1982, con 55 días de licencias, así como los servicios prestados a la Armada Nacional, desde el 10 de enero de 1971 al 30 de diciembre de 1973, y en caso de

existir una diferencia con la suma reconocida en el mencionado acto administrativo proceder a su pago desde el 1° de febrero de 2017, advirtiéndole que deberá pagar la mesada completa desde febrero a agosto de esa anualidad, es decir, 2017 y las diferencias en caso de que resulte desde septiembre de 2017, en caso de no existir ese reajuste mencionado dada la nueva liquidación que efectuó, solo deberá pagar el retroactivo generado desde el 1 de febrero de 2017 al 30 de agosto de 2017, teniendo en cuenta la suma que fue reconocida en el acto administrativo ya mencionado, que fue equivalente a \$2.983.288, por lo tanto, el retroactivo asciende a \$20.882.456, suma que deberá ser pagada de manera indexada al momento de su pago y valor sobre el cual se harán los descuentos con destino al sistema de seguridad social en salud.

**OCTAVO: DECLARAR PROBADA** la excepción denominada falta de legitimación en la causa por pasiva, propuestas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y **DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas por las restantes entidades demandadas.

**NOVENO: CONDENAR** en costas a las demandadas ASESORES EN DERECHO S.A.S, como mandataria con representación de PANFLOTA, a la FIDUCIARIA LA PREVISORA SA en calidad de administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA y a la FEDERACIÓN NACIONAL como administradora del FONDO NACIONAL DE CAFÉ a pagar las costas procesales a favor del demandante se fija como agencias en derecho la suma de \$1.000.000, las cuales estarán a cargo de las entidades mencionadas.

**CONDENAR** al demandante y a favor de la demandada MINISTERIO, LA NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO a pagar las costas procesales fijando como agencias en derecho la suma de \$800.000, y no se condena en costas a COLPENSIONES.

**DÉCIMO:** En caso de no ser objeto del recurso de apelación la presente decisión por parte de COLPENSIONES se ordena la remisión del expediente al Honorable Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta."

La anterior decisión fue adicionada, por solicitud de la parte actora, en el sentido de indicar la a quo que se absuelve de la pretensión de intereses moratorios<sup>1</sup>

<sup>1</sup> **Apoderado demandante (Record: 1:54:58):** Antes de presentar el recurso de apelación, entendería yo cuando se habla de indexar que no tuve en cuenta los intereses moratorios solicitados, la protección de los intereses antes de la pretensión de la indemnización de la ley 10ª y que fue posterior la indemnización, la indexación, entonces quería que me aclarara eso antes de interponer el recurso discúlpeme doctora.

**Juez (Record: 1:55:32):** doctor, usted, no hice referencia a los intereses moratorios en la parte considerativa de esta decisión, pues si leemos la parte de las pretensiones, usted en ningún momento solicitó el pago de los intereses moratorios, en el numeral séptimo, dice se condene a COLPENSIONES o a la entidad que asume las obligaciones del régimen a pagar la pensión teniendo en cuenta un 90% con base en los en los 10 últimos años desde el 21 de abril del 2013 junto con los incrementos legales. Después dice que se condene, un momento doctor, se condene al incremento del 14%. Finalmente dice que se condene al pago de perjuicios morales y materiales de conformidad con el artículo, artículo 16 de la Ley 442. Y finalmente dice se condene a pagar, bueno, sí, acá dice que los correspondientes intereses de mora, bueno, aquí hago una adición frente, frente a esta petición, los intereses de mora no hay lugar para condenar tal como lo dije en la parte resolutive que solamente habrá lugar a pagar esa indexación de ese retroactivo pensional, en la medida que fue a través de la Ley 100 de 1993, en su artículo 141 estableció esta rubro ante la mora en el pago de las mesadas pensionales, en el presente caso es, resultó probado que por virtud de un pronunciamiento jurisprudencial que ordenó computar tiempos de servicios con semanas cotizadas para efectos de cumplir el, los presupuestos del



Contra la mentada sentencia, el demandante y las demandadas FIDUPRESORA, la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS y COLPENSIONES presentaron recurso de apelación.

En primer lugar, la parte actora refiere su inconformidad respecto de las fechas de los contratos declarados y sus interrupciones, último salario, los intereses moratorios, la exoneración de responsabilidad respecto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y las costas que no se impusieron a Colpensiones.

De esta manera señala que conforme a la hoja de vida del demandante se encuentra una hoja de cargos en donde se indica claramente que el demandante ingreso el 20 de febrero y terminó esa relación el 7 de marzo de 1975 con un salario de \$7.000, manifestando se debe adicionar a la sentencia ese tiempo laborado y probado en el expediente conforme a la pretensión elevada de condenar a derechos *ultra y extra petita*.

Señala frente a los días de interrupción que no se tuvieron en cuenta que eran las demandadas que tenían que probar que esos tiempos fueron una licencia sin sueldo del empleador, precisando en esos periodos existió una huelga en la empresa y por lo tanto no se deben descontar del tiempo que se debe pagar con el cálculo actuarial.

Frente al salario determinado para el pago del cálculo actuarial solicita su modificación pues no se puede excluir del mismo las primas de servicio, dado que desde el laudo arbitral de 1973 se indicó claramente la procedencia de 2 salarios

---

acuerdo 049 de 1990, sumado a que no se presentó en este caso la novedad de retiro, sino que también por vía de un pronunciamiento jurisprudencial en cuanto reguló lo referente a la el retiro tácito de la entidad de Seguridad Social, cuando existen, tal como lo mencioné signos inequívocos frente a el retiro a efectos de entrada a gozar de esa prestación. Entiendo que la entidad actuó conforme a la ley, es decir, aplicó la normatividad que estaba vigente, era el acuerdo 049 que solamente permitía tiempos de servicio y además conllevó a reconocer la prestación a corte de nómina porque no existía la novedad de retiro y solamente en esta sentencia y con base a los pronunciamientos jurisprudenciales es que se está ordenando la reliquidación en caso de que exista y el reconocimiento de la pensión desde el 01 de febrero, entonces considero que no hay lugar a los intereses moratorios, razón por la cual en el numeral, en el numeral séptimo, condene al pago de la indexación de ese retroactivo pensional. Entonces, de esta forma que hago la aclaración, decisión entonces que notificó en estrados.

uno en junio y otro en diciembre, por lo que esas primas son un emolumento adicional que no se puede desconocer, por lo tanto asegura se debe tener en cuenta como último salario para el periodo del 13 de mayo de 1975 al 30 de octubre de 1978 la suma de USD791.57 y del 28 de noviembre de 1979 al 1° de junio de 1986 USD1141,19.

En relación con la absolución de los intereses moratorios, expresa que los mismos se deben otorgar en todos los casos incluyendo la reliquidación de pensiones, conforme lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1681 del 2020 y SL3130 del 2020.

De otro lado, indica, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 66 de 1942, en concordancia con el concepto del 15 de febrero de 2001 emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, el Ministerio de Hacienda debe cubrir las deudas del Fondo Nacional del Café, y en todo caso, considera, esa entidad debe ser responsable porque era dueña de la Flota Mercante Grancolombiana, y en ese orden, afirma para las obligaciones no cubiertas debería la Nación aprovisionar dentro del presupuesto nacional dichos pagos

Por último, aduce debe condenarse en costas a Colpensiones pues perdió el proceso ya que debía tener en cuenta los aportes no efectuados por el empleador, aunado a que dio contestación a la demanda. *(Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, Art. 80 C.P.T y la S.S., récord 1:59:03 Archivo 11 expediente virtual)*<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Gracias su señoría, con el debido respeto y comedimiento me permito interponer recurso de apelación parcial contra la sentencia que acaba de proferir su despacho. En el numeral primero obviamente que conlleva modificar el numeral segundo, también conlleva a modificar el numeral tercero y el numeral cuarto y (sic) indudablemente, también conlleva a modificar el numeral séptimo, y en cuanto a absolver a Ministerio y las costas del proceso.

Entonces lo primero que debo indicar es que, con él con él, con la solicitud de ultra y extra petita, podemos indicar claramente que, aportada la hoja de vida del demandante, en el primer Folio está la hoja de cargos, en esa hoja de cargos indica claramente que el señor Ingresó el 20 de febrero de 1975, con un salario inicial de \$ 7,000 pesos y que, o sea, ingresó según ellos, el 20 de febrero y terminó su relación el 07 de marzo del 75, hoja de cargos con salario de \$ 7,000. Lo cual está probado en más está la hoja de liquidación y está el contrato, el contrato de temporal y está el aviso de retiro, del demandante en la hoja, pues es un hecho sobreviniente dada la prueba encontrada dentro de la hoja en el folio, ya le digo, en el folio 16 del Tomo I, se encuentra aviso de retiro 07 de marzo del 75, indica terminación del contrato ocasional. Por ello, es claro que la sentencia se debe adicionar ese tiempo laborado y probado en el expediente está claro y lo dice la hoja de vida, no lo digo yo, no me lo estoy inventando, están las pruebas contundentes, por ello debe modificarse, ese terminó y está el salario, el cual ganó esos días en \$7,000 pesos, por ello ese numeral debe modificarse en el sentido de adicionar ese tiempo.

Ahora bien, es claro y para ello me voy a remitir a las sentencias, a las sentencias C 993 del 2000 y C1039 del 2000, en el cual se declaró exequible el artículo 51, 52 y 53 del Código Sustantivo del trabajo, en la Corte indicó que los periodos de huelga deben ser tenidos en cuenta para el pago de la Seguridad Social y además debe probarse, debe probarse que periodos estuvo en licencia sin sueldo o en licencia, no hay se indica, no se indica si son los periodos de licencia o no, por lo tanto eran las demandas las que tenían que probar que esos tiempos fueron licencia sin sueldo del empleador, pero no lo probaron. Por lo tanto, esos tiempos de acuerdo a esas sentencias, que son de obligatorio cumplimiento, las licencias no deben tener en especial la del 79 al 82, dado que se estuvo en un periodo de huelga en la empresa. Por lo tanto, esos tiempos, por lo tanto, no se descontaron esos tiempos del tiempo real para el pago de ese cálculo actuarial.

Ahora bien, también se debe modificar la sentencia en el sentido del salario, ¿Por qué? porque si bien ha indicado que claramente para ello el despacho se sustenta en la norma, efectivamente, como lo dicen las 627 sentencias que, al día de hoy, que efectivamente, que 630 al día de hoy, en el cual se indica claramente que la, que es el decreto de 1889 del, 1887 de 1994 del parágrafo del artículo cuarto, diga claro, es el último salario, y no se pueden excluir las, las primas de servicio. Es importante resaltar y para ello me sustento en lo que dijo el Tribunal Superior de Bogotá en el proceso 2018 30 del Juzgado 18 de Bogotá, María Aznar contra estos mismos demandados, en el cual se sustenta, en lo dicho por la Corte, en la sentencia 46167 del 19 de julio de 2015, SL 9827, la SL 1798 del 16 de mayo de 2018, la 24 del 80, (sic), 2488 del 2014 radicación 34624, en la cual indica y abro comillas, y dice el Tribunal de Bogotá, también se soportan la sentencia 46167 del 19 de julio de 2015, SL 98 del 97 y dice, "el anterior marco normativo, en especial, es perfectamente aplicable al caso del aquí demandante, no sólo por la calidad de trabajadora desempleadora (sic), sino porque así lo dispuso expresamente la Convención colectiva de trabajo y en esa medida es claro que las partes del momento de suscribir dicho convenio nada dijeron sobre si las primas de servicio tenía o no la incidencia salarial y es por ello que, a juicio de esta sala debe dársele tal carácter, pues precisamente en ese entendimiento sistemático de la ley y la Convención colectiva, es contrario al indicado por el a qua (sic), pues no debió restársele el carácter salarial a dichas primas, que eran causados de manera semestral en los términos del artículo 128 del Código Sustantivo del trabajo y de acuerdo a la citada jurisprudencia".

Pues bien, basta revisar la Convención colectiva aportada para entender que desde el laudo arbitral del 73 se indicó claramente que 2 salarios en junio y 2 en diciembre y nada se dijo de eso, precisamente por eso es que la empresa atendiendo lo he dicho en el Pacto de Nueva York, en el cual indica que 15 días de esos serán salario para todos los efectos, obviamente desconoció el laudo arbitral de 1973 que indica que las primas tendrán todos los efectos legales y no puede tener el efecto de la de la primera de servicio, porque a los a los, a los árbitros les está vetado modificar la ley. Por lo tanto, esas primas no modificaron la prima de servicios, esas primas extralegales son un emolumento adicional y al no habersele determinado que no era salario, es salario como lo dice la misma Corte Suprema de Justicia. Por lo tanto, es claro que, para los periodos del 30, perdón, del 13 de mayo de 1975 y octubre. 30 de 1978 debe ser el salario de USD\$ 791.57 que en peso representa \$32,805.48 y para el periodo de noviembre 28 de 1979 a junio 01 de 1986, la liquidación final folio 102 del cuaderno número uno, que el salario es de 1141.19 y el salario en pesos, \$72009, 45 por ello, es claro que la, se debe modificar parcialmente en ese sentido la sentencia para acceder a lo pretendido y, tal y como lo indica la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Ahora bien, eso en cuanto a los salarios de la prima de servicios.

Ahora bien, los intereses moratorios, para los intereses moratorios basta remitirnos a lo indicado por la Corte Constitucional en la sentencia C 601 del 2000, en la cual indicó que son procedentes los intereses moratorios en todos los eventos y efectivamente en la SU 065 del 2018, la Corte Constitucional le ordenó a la Corte Suprema de Justicia cambiar su jurisprudencia y por ello ahora podemos ver sentencias como la SL 1681 del 2020, magistrada ponente, Clara Cecilia Dueñas Quevedo y la SL 3130 del 2020 Magistrado ponente Doctor Luis Quiroz Alemán, que indican que efectivamente, en todos los casos, incluyendo reliquidación de pensiones, proceden los intereses moratorios. Por ello, se debe modificar no solamente el pago de las mesadas pensionales causadas con anterioridad a septiembre, que tenía el derecho del trabajador desde el 01 de febrero de 2017 tal y como lo establece la el a quo, desde febrero del 2017 se deben pagar los intereses moratorios y obviamente con los salarios devengados en la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA se debe modificar con los salarios de la Armada nacional y los 3 periodos trabajados en la FLOTA se deben modificar, dada que a vuelo, fácilmente visto pues los salarios son infinitamente superior, casi 10 veces al salario que devengo con los otros empleadores, por ello da lugar no solamente a la reliquidación de la pensión, sino a los intereses moratorios en cumplimiento de la nueva jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Por su parte la FIDUPREVISORA manifiesta que el fideicomiso fue creado únicamente para la terminación del proceso liquidatorio de la flota, y no para suceder en obligaciones a la sociedad liquidada, precisando el patrimonio autónomo nunca ha tenido una relación laboral con el accionante, ni mucho menos operó sustitución patronal con la suscripción del contrato de Fiducia Mercantil 310138 de 2006, cuyos bienes se transfirieron con la exclusiva finalidad de administrar los recursos y destinarlos al pago de las mesadas pensionales y aportes a la EPS a cargo de la Compañía de Inversiones de la flota en liquidación según el objeto del contrato, de modo que asegura si en el contrato de fiducia mercantil no se dispuso que el patrimonio autónomo esté obligado al pago de cálculos actuariales, a quién le corresponde asumir dicha obligación, en virtud de la responsabilidad subsidiaria es a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, reiterando la constitución del patrimonio autónomo no se hizo con

---

Ahora bien, con respecto a al tema de la del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, si bien es cierto que es una subsidiaria de la subsidiaria, no es menos cierto que el MINISTERIO DE HACIENDA no se trajo por capricho de esta parte el incluir al MINISTERIO DE HACIENDA, no, está probado en el expediente que el Ministerio probó que el dueño de la de la de la cuenta parafiscal FONDO NACIONAL DEL CAFÉ es el Estado colombiano y pasado en esa certificación es que se demanda esa esa responsabilidad del Estado colombiano, máxime cuando en el en el concepto de la sala de consulta y servicio civil del Consejo de Estado, el 13 del 15 de febrero de 2001. Se indicó que una vez terminado el proceso liquidatorio, las obligaciones Insolutas no cubiertas, debería la Nación aprovisionar dentro del presupuesto nacional dichos pagos y ello en cumplimiento a que o porque siendo una empresa S.A, pues nada menos ni nada más, que es en cumplimiento al artículo 4 de la Ley 66 de 1942, en ese artículo indica que la que las obligaciones insolutas que el FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, serán cubiertos por la Nación.

Ahora bien, está cursando un proyecto de ley en este año en el cual se solicita que las pensiones de la FLOTA MERCANTE las pague el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. Por eso llegará a terminar el FONDO NACIONAL DEL CAFÉ. ¿Quién pagaría estas obligaciones de esta sentencia? Pues considera esta parte que por eso es que no se puede excluir y, por el contrario, en condenarme Costas, pues fue traído, porque es el dueño de esa cuenta y es el que debería haber dado de responder, sino que en la oposición que hizo la Federación en este momento, portada de su responsabilidad como administrador, no se no se dejó, que sé que sé que fuera el Ministerio de Hacienda el que respondiera por esas obligaciones insolutas y para ello se trajo a colación lo de álcalis de Colombia, donde sí respondió y se probó que era la misma situación jurídica. Entonces, por ello, el Ministerio no vino a colación aquí por, por obligaciones que no le no, no le sean dables, sino porque realmente en última debería responder y por ello debe dejar, no se puede sacar del proceso, no se defina con y que ejecute la sentencia y paguen la sentencia.

Ahora en costas, pues obviamente que se hizo que las demandas deben de responder por las costas y para ello también me remito a lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, que indica que en todos los casos debe pagarse, debe decretarse las costas a nombre de las demandas las que pierdan el proceso y aquí COLPENSIONES pierde el proceso porque desde la desde la sentencia T 265, se le dijo que qué de revisado y viendo que un empleador tenía, no le había hecho aportes, debía tener en cuenta esos aportes y hacer el recobro a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS. Por ello, las agencias en derecho deben proceder y aquí lo dice la Corte en la SL82 del 2021, radicación 79468 del 9 de marzo, en el cual indica que la decisión de condenar a las, a las a las demandas, cuando han contestado a la demanda, pues sencillamente es claro debido a que se opuso a las pretensiones y aquí COLPENSIONES se opuso a las pretensiones, contestar la demanda, como todas las demandas y por ello, debe condenársele también en costas. En esos términos, dejo sustentado el recurso de apelación parcial contra la sentencia. Su Señoría le agradezco su atención prestada, muy amable, gracias.

la intención de sustraer de sus obligaciones y responsabilidades a la sociedad matriz frente al pasivo insoluto de la sociedad subordinada.

Indica se omitió valorar el contrato adecuadamente y se le dio una interpretación ajena a su verdadera intención, alterando las obligaciones a cargo del patrimonio autónomo, al adicionar las obligaciones no previstas por el Fideicomitente. Así mismo, expresa se vulnera el derecho a la igualdad al desconocer las providencias del superior jerárquico, quien estableció el criterio de que el patrimonio autónomo no está obligado a pagar cálculos actuariales atendiendo a las directrices contenidas en los autos 400017782 y 400010509, expedidos por la Super Sociedades.

Finalmente expone no se le pueden imponer costas dado que éstas operan únicamente en la medida que el demandante pruebe dentro del expediente que las mismas se causaron (*Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, Art. 80 C.P.T y la S.S., récord 2:15:05 Archivo 11 expediente virtual*)<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Muchas gracias su señoría en este estado de la audiencia, me permito interponer recurso de apelación ante el honorable Tribunal Superior del distrito judicial de Bogotá, Sala laboral y en contra de la sentencia que se acaba de proferir para que la misma sea revocada por los honorables magistrados, teniendo en cuenta para ello los siguientes argumentos que a continuación me permito exponer.

El patrimonio autónomo PANFLOTA no se constituyó para ser receptor de derechos y obligaciones de la extinta FLOTA MERCANTE, al contrario, el fideicomiso fue creado como única mismo para la terminación del proceso liquidatorio de la flota, y no para suceder en obligaciones a la sociedad liquidada. En el presente caso precisamos que el patrimonio autónomo nunca ha tenido una relación laboral con el accionante, ni mucho menos operó sustitución patronal con la suscripción del contrato de Fiducia Mercantil 310138 de 2006, el cual cuyos bienes se transfirieron con la exclusiva finalidad de administrar los recursos y destinarlos al pago de las mesadas pensionales, aportes a la EPS a cargo de la Compañía de Inversiones de la flota en liquidación según el objeto del contrato. Como bien se sabe, el contrato de fiducia mercantil se rige por las normas del Código de Comercio que en materia de regulación de contratos mercantiles constituyen normas imperativas de orden público, lo que implica que el patrimonio autónomo está obligado a cumplir estrictamente las mismas. De lo anterior se colige que si en el contrato de Fiducia Mercantil no se dispuso que el patrimonio autónomo esté obligado al pago de cálculos actuales, actuariales, a quién le corresponde asumir dicha obligación, en virtud de la responsabilidad subsidiaria que está la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, máxime cuando la constitución del patrimonio autónomo no se hizo con la intención de sustraer de sus obligaciones y responsabilidades a la sociedad matriz frente al pasivo insoluto de la sociedad subordinada, ni para contrariar la norma imperativa, esto es, el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 del 95 hoy artículo 61 de la Ley 1116 de 2006, que prescribe la responsabilidad de la sociedad matriz frente a los acreedores de la sociedad subordinada. La anterior tesis ha sido acogida por el Tribunal Superior de Bogotá, sala laboral en varias sentencias, entre ellas podemos destacar la sentencia del 27 de mayo de 2021 expedientes radicado 2017 352 demandante Alirio Jiménez Ríos, la sentencia del 28 de mayo de 2021 expediente radicado 2017 810 demandante Juan Manuel Calderón magistrado ponente Edna Constanza Lizarazo Chávez y la sentencia del 31 de agosto de 2021 expediente radicado 2015 38 demandante Jorge Enrique Contreras Ospina, magistrada ponente Edna Constanza Lizarazo Chávez. En dicha sentencia se tuvo como argumento que conforme a la cláusula cuarta del contrato de fiducia mercantil 310138 de 2006, la obligación expresa que surgió encabeza la fiduciaria, asinó al pago de Mesadas pensionales a los pensionados de la compañía de inversiones FLOTA MERCANTE S.A de modo que no puede hacerse extensivo al pago de títulos pensionales o cálculos actuariales, máxime si se tiene en cuenta que la única

La FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS pide se revoque la sentencia de primer grado frente a las condenas impuestas a su cargo como administradora del Fondo Nacional Del Café y, en su lugar, se le absuelva de las súplicas de la demanda.

Para ello, en primer lugar, señala hubo un desconocimiento al principio de congruencia pues se concedieron de manera simultánea las pretensiones

---

modificación que se introdujo en el otro sí número uno consistió en que el patrimonio autónomo constituido también estaría destinado al pago de aportes de salud a las EPS, así las cosas, atendiendo a los expertos lineamientos contenidos en la sentencia, SU 10 23 de 2001 será la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, la llamada responder por las condenas impuestas en virtud de la responsabilidad subsidiaria declarada.

Conforme a los anterior el suscrito considera que la sentencia impugnada omitió valorar el contrato adecuadamente y le dio una interpretación ajena a su verdadera intención, alterando las obligaciones a cargo del patrimonio autónomo, al adicionar las obligaciones no previstas por el Fideicomitente. Así mismo, vulnera el derecho a la igualdad al desconocer las providencias del superior jerárquico, quien estableció el criterio que el patrimonio autónomo no está obligado a pagar cálculos actuariales atendiendo a las directrices contenidas en los autos 400017782 y 400010509, expedidos por la SuperSociedades, los cuales limitan la capacidad del patrimonio autónomo, quien no puede desbordar el objeto del contrato, por cuanto en el primero los autos, explica quién es el responsable de las obligaciones de la extinta FLOTA MERCANTE, al mencionar que las obligaciones dinerarias están a cargo de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS y en ningún momento se trasladan a la FIDUCIARIA LA PREVISORA y en el segundo auto se indica que el pago de las mesadas pensionales y aportes en salud no está supeditado a la existencia de un contrato de fiducia mercantil, ni a ninguna otra figura jurídica, lo cual se traduce en que la obligación de pago de los pasivos pensionales de la FLOTA MERCANTE están a cargo de la FEDERACIÓN indistintamente a la existencia del patrimonio autónomo, dado que la responsabilidad patrimonial que recae sobre la Federación como sociedad matriz no ha sido transferido por ésta al patrimonio autónomo.

De lo anterior se colige que no existe contrato alguno en el cual la Federación haya transferido al patrimonio autónomo la responsabilidad patrimonial derivada de la responsabilidad subsidiaria, por ende, no se puede condenar al patrimonio autónomo asumir obligaciones que la Federación no le ha delegado por esa razón en virtud de la responsabilidad patrimonial que nace como consecuencia de la declaración de responsabilidad subsidiaria y dado que la FLOTA MERCANTE no existe, corresponde a la Federación, asumir directamente el reconocimiento y pago del cálculo actuarial reclamado.

Por otra parte, no podrán imponerse costas, dado que éstas operan únicamente en la medida que el demandante prueba dentro del expediente que las mismas se causaron tal como lo adoctrinado el Tribunal Superior y la Corte Suprema de Justicia, en dicho efecto del auto a consultar en la C 4423 de 2018. En estos términos dejó sustentado mi recurso de apelación en contra la sentencia proferida dentro del proceso que nos ocupa, no sin antes solicitar de manera respetuosa la honorable Tribunal, revoque la decisión emitida por el a quo y, en consecuencia, se declare como único responsable de cualquier obligación a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS en su condición de vocera y administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, lo anterior, teniendo en cuenta que de conformidad con lo señalado por la honorable Corte Constitucional en sentencia de SU 10 23 de 2001, así como lo dispuesto por la Superintendencia de sociedades en los autos de fecha 28 de agosto y 22 de noviembre de 2012, en concordancia con el artículo 60, es la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS la sucesora procesal de la extinta FLOTA MERCANTE.

Me reservo la Facultad de ampliar los argumentos del recurso de apelación ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala laboral en la oportunidad procesal correspondiente, muchas gracias.

principales y subsidiaria, pues las elevadas en su contra se encuentran en el capítulo de subsidiarias en el numeral 13.

Por otro lado, solicita se analice cuidadosamente la responsabilidad subsidiaria, pues, en su sentir, el juzgador no revisó los medios probatorios allegados al plenario tendientes a desvirtuar la presunción contenida en el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, a partir de la cual podría concluirse que esa sociedad no tuvo ninguna injerencia en las decisiones que conllevaron a la liquidación de la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA, entre estos el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado con radicación 1307 de 2001 en la cual se concluye que la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, no es la llamada a asumir obligaciones pensionales a cargo de la extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE, consideraciones que, asegura, resultan aplicables al caso que nos ocupa.

De otro lado, sugiere, en punto a las presuntas relaciones desarrolladas por el actor para los años 1975 a 1978 y 1979 a 1982 que el empleador si cumplió con sus obligaciones pensionales que la ley le imponía máxime, cuando él aquí demandante, ni siquiera logro configurar una expectativa pensional, precisando ninguna disposición para esa época señalaba las obligaciones que se encontraban en cabeza de los empleadores para ese para ese momento puntual y bajo ninguna circunstancia se puede hablar de una eventual obligación de aprovisionamiento, precisando en ningún momento se ha planteado que la habilitación de tiempos no cotizados opere en circunstancias en que el reclamante ya goza de una asignación pensional, tal cual acontece en el caso del señor DURÁN NIÑO, pues la Corte Suprema de Justicia tan sólo ha dicho que la solución aplica para aquellos eventos en que esos tiempos son necesarios para la obtención de una pensión establecida en el sistema de Seguridad Social colombiano.

En todo caso, expresa, de confirmarse la condena, se module la decisión. Bajo tal entendido, precisa, el cálculo actuarial y la solución jurisprudencial para imponer el mismo, no aplica de forma automática e irrestricta, pues la propia Corte ha señalado una serie de parámetros y requisitos como, por ejemplo, que el tiempo

de servicios sea requerido para acceder a la pensión, que no es lo que ocurre en el presente asunto.

Expresa el cálculo actuarial establecido en el Decreto 1887 de 1994 no puede ser el vehículo financiero para solucionar este tipo de situaciones pues el mismo necesariamente goza de una connotación sancionatoria, la cual, dado el hecho de que dentro de las presentes circunstancias no existen ni mora, ni omisión por parte del ex empleador, no puede ser aplicado a las presentes diligencias y por ende debe buscarse una alternativa de vehículo financiero para solucionar las mismas, aunado a que el referido Decreto incluye dentro de sus operaciones aritméticas la indexación, situación que para el caso de los ex trabajadores de la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA, se encuentra implícita, ya que los mismos devengaban sus acreencias en dólares, lo cual implica un método eficiente de actualización de los emolumentos y por lo tanto en dada circunstancia, se estaría incurriendo en una doble condena si se aplican a rajatabla los lineamientos establecidos en el Decreto 1887.

Con relación a los factores salariales, alega, de los instrumentos colectivos no es posible extraer que para el pago de pensiones deba tenerse en cuenta emolumentos que fueron tenidos en cuenta como salario como las primas de antigüedad en donde si bien por intermedio de convenciones y de laudos arbitrales se especifica la forma en que habría de ser cancelada, no se le otorga esa naturaleza de salario, sin que se pueda entender que el salario para liquidar el título pensional ha de ser el último devengado, pues ello contraría la particularidad de que los aportes a Seguridad Social se realizan periódicamente y por lo tanto, ese IBC resultaría a todas luces exagerado y desproporcionado y por lo tanto, el salario a tener en cuenta en su consideración ha de ser como primera medida el devengado paulatinamente en cada uno de los períodos eventualmente laborados, en caso de que éstos no resulten probados deberá ser salario básico y en caso de que el mismo no sea aprobado, se debe tomar el salario mínimo de la época.

Solicita igualmente se considere dar aplicación a las tablas de cotización y de categorías que imponían un tope de salario máximo asegurable para la época de prestación de los servicios desarrollados por parte del señor DURÁN NIÑO, ya



que los mismos no pueden ser transgredidos y así lo reclaman de manera primordial las mismas administradoras de pensiones cuando son conminadas a liquidar cualquier tipo de título pensional.

De igual forma expresa se debe autorizarse el descuento del porcentaje de cotización atribuible al trabajador, pues bajo ninguna circunstancia se puede desconocer que al trabajador le asiste en desarrollo del principio de solidaridad un deber de contribuir tanto al financiamiento del sistema como al financiamiento de las propias prestaciones.

Finalmente, peticiona se revoque la condena en costas debido a su actuar de buena fe (*Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, Art. 80 C.P.T y la S.S., récord 2:21:43 Archivo 11 expediente virtual*)<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Muchísimas gracias su señoría, proceso a interponer recurso de apelación en contra de la decisión recientemente notificada. El propósito del aludido medio exceptivo es que la honorable sala laboral del Tribunal Superior del distrito judicial de Bogotá revoque en su integridad las condenas impuestas en sede de primera instancia en contra de mi defendida. Como sustento del recurso anunciado y no sin antes aclarar que cualquier tipo de manifestación que proceda a efectuar se realiza dentro del mayor marco del respeto, procedo a sustentar de la siguiente manera.

Como primera medida, se le ruega al fallador de segunda instancia a título de impugnación y de reproche que realice un estudio relativo a el hecho de si esta decisión no representa una transgresión al principio de congruencia, recordemos que a todo operador judicial se le encuentra vedada la posibilidad de conceder de manera simultánea, pretensiones subsidiarias, pretensiones principales y subsidiarias. Ya que las pretensiones planteadas a título subsidiario representan una aspiración, una aspiración residual que tan sólo proceden cuando son negadas las que, invocadas, impetradas a título principal. En ese orden de ideas, de la manera más respetuosa posible me aparto del análisis realizado por parte de la operadora judicial de primera instancia en tanto realizó una interpretación que pretendía validar que las pretensiones planteadas dentro del escrito de demanda no fueron, no fueron enervadas a título principal y subsidiario. Tan desafortunado resulta este análisis que, al verificar en el acápite de peticiones subsidiarias, resulta posible verificar que aquellas formuladas en contra de mi defendida se plantean de manera expresa y puntual, “en el numeral décimo tercero de forma subsidiaria de la petición cuarta en ese orden de ideas, podrían configurarse como lo venía diciendo, este desconocimiento del principio de congruencia ante la concesión simultánea de pretensiones principales y subsidiarias.

Como segunda medida, como segundo punto de reproche, manifestar que no se comparte el análisis realizado respecto de la figura de la responsabilidad subsidiaria, debemos entender que el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995 plantea un supuesto que es susceptible de ser atacado y desvirtuado, ese supuesto es que la situación de infortunio de la sociedad controlada encuentra su origen en la adopción de medidas abusivas por parte de la sociedad o de la entidad controlante, mediante el acervo probatorio allegado al plenario, ha de entenderse que mi representada logró desvirtuar cualquier tipo de situación al respecto, que jamás el FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, administrado por mi representada, adoptó una medida buscando un beneficio propio o causarle un perjuicio a los intereses de la desaparecida compañía y por consiguiente, se le ruega a los señores magistrados de la sala del Tribunal que procedan a realizar un nuevo estudio de una manera más profunda, más detenida, que conduzca a evidenciar cuáles fueron las verdaderas causas que motivaron la situación concursal que afectó a la desaparecida COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE y que ese estudio conlleve a demostrar lo anunciado por parte de este extremo de la Litis, que toda esa serie de causas son situaciones completamente exógenas, externas a el ámbito de decisión del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ y de los órganos dirigenciales de la desaparecida compañía.

De igual manera se le ruega al fallador de segunda instancia, que en este análisis realice especial detención en el hecho de la circunstancia que implica el modificar la destinación específica de la cual gozan los recursos del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ y todo el trámite que ello conllevaría situación que se encuentra que excede por completo los límites establecidos y las actividades permitidas a realizar a mi representada con cargo a los recursos del mencionado FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, de conformidad con el contrato de administración suscrito con la Nación colombiana y en este análisis se le ruega particularmente al fallo de segunda instancia que el estudio sea realizado de manera integral y que incluya todos los medios de convicción allegados al plenario específicamente me gustaría mencionar, me gustaría que se analizará con detenimiento pruebas como el concepto de la sala de consulta y servicio civil del honorable Consejo de Estado, con radicación 1307 del día 15 de febrero de 2001, respecto de la cual se realiza especial énfasis en el concepto de Parafiscalidad cafetera y se arriba a la conclusión de que mi de mi representada no es la llamada a hacerse cargo de obligaciones pecuniarias, económicas, u obligaciones derivadas de derechos pensionales de los ex trabajadores de la otrora FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANO.

Como tercer punto de inconformidad, me gustaría plantear el hecho de que la solución dada a través de la sentencia de la decisión recientemente notificada, resulta excesiva como primera medida, debemos entender que el presente de la presente controversia gira entorno a relaciones presuntamente desarrolladas dentro de los años de 1975 al año de 1978 y del año 1979 al año de 1982, para tal época el ex empleador de él señor DURAN NIÑO cumplió plenamente con sus obligaciones pensionales con las obligaciones que la ley le imponía y máxime, cuando él aquí demandante, ni siquiera logro configurar una expectativa pensional, cualquier entendimiento, cualquier reflexión, distinta a lo aquí planteado, equivaldría a promover que con el paso del tiempo de una manera que no implica ningún tipo de reglas de juicio, ningún tipo de disposición que no se encuentra planteada en ningún tipo de disposición legal, se incrementarán las obligaciones que se encontraban en cabeza de los empleadores para ese para ese momento puntual, para ese momento histórico y bajo ninguna circunstancia se puede hablar de una eventual obligación de aprovisionamiento, ya que la misma no se encontraba precisada, ni expresamente identificada en ningún contenido legal, por lo tanto resulta inverosímil la aplicación de la solución hoy dada a este tipo de controversias. Mucho más aún si logramos advertir que como ocurrió dentro de la presente diligencia, se realizó una aplicación excesiva de la misma, ya que la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en ningún momento ha planteado que la habilitación de tiempos no cotizados opere en circunstancias en que el reclamante, ya goza de una asignación pensional, tal cual acontece en el caso del señor DURÁN NIÑO, y en ese orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia tan sólo ha dicho que la solución aplica para aquellos eventos en que esos tiempos son necesarios para la obtención de una pensión establecida en el sistema de Seguridad Social colombiano.

Concluida esta fase de mi intervención, planteó una segunda vía del recurso de apelación y es que en el caso de que el honorable fallador de segunda instancia considere pertinente y plausible la confirmación de condena alguna en contra de mi defendida, se plantean alternativas para que se realice una modulación o una modificación de las órdenes fulminadas en primera instancia. Para tal efecto, se traen a consideración los razonamientos realizados por parte de la jurisdicción constitucional colombiana contenidos en sentencias como la T 435 de 2014, T 543 de 2015 y más recientemente la T 281 de 2020, en donde adicional a constatar y admitir que no existía esa obligación de aprovisionamiento, se da cuenta de que todo este tipo de controversias encuentran su origen, su fuente en una situación de imprevisión de la administración que a su turno conllevó a una omisión reglamentaria, porque en efecto, dicha obligación de aprovisionamiento no existía máxime cuando el llamado a inscripción de los trabajadores de él rubro marítimo, tan sólo fue afectado, efectuado, perdón, en el mes de agosto de 1990 por parte del Instituto de Seguros Sociales, fecha posterior aquella en que concluyeron las relaciones reclamadas por intermedio de este juicio. En ese orden de ideas, se le ruega al fallador de segunda instancia que considere la emisión de condenas que resulten válidas y verdaderamente justas y que abarquen un aspecto importantísimo dentro de las presentes diligencias y dentro de toda controversia judicial que es la equidad, principio que valga la pena mencionar, aparece citado de manera previa a la jurisprudencia dentro de nuestra Carta Magna, dentro de la Constitución Política Colombiana.

En ese orden de ideas, se le solicita el fallador de segunda instancia que considere primero que el cálculo actuarial establecido en el Decreto 1887 de 1994 no puede ser el vehículo financiero para solucionar este tipo de situaciones, como primera medida debe mencionarse que dicho decreto, desde su artículo primero, establece un ámbito de aplicación que exceden las condiciones particulares del caso del señor DURÁN NIÑO. Segundo, ese cálculo actuarial necesariamente goza de una connotación sancionatoria, la cual, dado el hecho de que dentro de las presentes circunstancias no existen ni mora, ni omisión por parte del ex empleador, no puede ser aplicado a las presentes diligencias y buscarse una alternativa de vehículo financiero para solucionar las mismas, como lo he venido mencionando. Adicionalmente, el referido decreto 1887 implica y contiene, incluye dentro de sus operaciones aritméticas la indexación, situación que para el caso de los ex

Finalmente, COLPENSIONES en la alzada expresa en primer lugar que no es procedente el cargo de los tiempos públicos, cuando el ciudadano se ha encontrado en escuelas de formación, desempeñando cargos de cadete, soldado alumno, Grumete preliminar, pues dichos periodos no tienen ningún efecto para fines pensionales, al constituir un derecho para el personal militar regulado por el régimen prestacional de la fuerza pública.

Por otro lado, señala no se estructuran los presupuestos legales para la prosperidad del nuevo cálculo actuarial, a cargo de COLPENSIONES como tampoco lo que refiere a la reliquidación, puesto que la resolución emitida por la entidad en tratándose del reconocimiento y pago de la pensión de vejez, hace

---

trabajadores de la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA, se encuentra implícita, ya que los mismos devengaban sus acreencias en dólares, lo cual implica un método eficiente de actualización de los emolumentos y por lo tanto en dada circunstancias, esta vez no sé, se estaría incurriendo en una doble condena si se aplican a rajatabla los lineamientos establecidos en el Decreto 1887.

De igual forma, se le solicita al fallador de segunda instancia que realice una revisión de los emolumentos que fueron tenidos en cuenta como salario, no se advierte que dicha naturaleza se desprenda de los mecanismos, de los instrumentos colectivos, allegados al plenario y por lo tanto, los mismos deben ser revisados específicamente me refiero también al tema de la prima de antigüedad en donde si bien por intermedio de convenciones y de laudos arbitrales se especifica la forma en que habría de ser cancelada, no se le otorga esa naturaleza de salario, bajo ninguna circunstancia, se puede atender dicha particularidad del Decreto 1887 en cuanto a que el salario para liquidar el título pensional ha de ser el último devengado, esto contraría la particularidad de que los aportes a Seguridad Social se realizan periódicamente y por lo tanto, ese IBC resultaría a todas luces exagerado y desproporcionado y por lo tanto, el salario a tener en cuenta a de ser Como primera medida el devengado paulatinamente en cada uno de los periodos eventualmente laborados, en caso de que éstos no resulten probados a de ser el salario básico y en caso de que el mismo no sea aprobado, pues ha de ser tenido en cuenta que el salario mínimo de la época.

De igual forma se ruega al fallador de segunda instancia que considere darle aplicación a las tablas de cotización y de categorías que imponían tope de salario máximo asegurable para la época de prestación de los servicios desarrollados por parte del señor DURÁN NIÑO, ya que los mismos no pueden ser transgredidos y así lo reclaman de manera primordial las mismas administradoras de pensiones cuando son conminadas a liquidar cualquier tipo de título pensional.

De igual forma, y para culminar, se le ruega al fallador de segunda instancia que considere la posibilidad en caso de que estime procedente de la modulación de la, la condena impuesta, en sede de primera instancia que autorice el pago de aquel porcentaje del título pensional, que es exclusivamente imputable al empleador, bajo ninguna circunstancia se puede desconocer al trabajador le asiste primero que todo en principio, en desarrollo del principio de solidaridad un deber de contribuir tanto al financiamiento del sistema como al financiamiento de las propias prestaciones, situación que si se quiere entender, ya que se hizo alusión a la aplicación retroactiva de determinadas disposiciones, se encuentra establecida en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 pero que no es ninguna novedad, ya que esta este sistema de contribución por partes se encuentra establecido en nuestro sistema jurídico desde el Decreto 3041 de 1966.

Para culminar se plantea reproches respecto de la condena en costas, la cual ha de manifestarse debe entenderse que entre las presentes diligencias se está atendiendo a la aplicación de una solución jurisprudencial, pero bajo ninguna circunstancia se puede admitir o se puede mencionar que este tipo de controversia radica en una actitud caprichosa o desconocedora de la ley por parte de mi representada, en ese orden de ideas la condena en costas no resulta procedente, y ha de revocarse en los anteriores términos, dejó planteado el recurso de apelación en las 2 vías que expuestas y le agradezco a la señora juez la oportunidad concedida tanto para interponer como para sustentar muchísimas gracias Señoría.

expresa referencia a los tiempos acreditados de cotización, así como la fecha en que adquirió su status pensional.

Expresa que no se puede condenar al pago de los intereses moratorios como se solicita por la parte demandante en su apelación ante la petición anticipada efectuada de su pensión, razón por la cual esa condena no aplica cuando era posible que la entidad pudiera reconocer el derecho en aquella oportunidad o cuando el demandante no solicitó directamente la pensión a la entidad después de haber causado el derecho, precisando las actuaciones desplegadas por su representada acudieron al principio de la buena fe y en razón y en cumplimiento a las leyes establecidas para la fecha en la que procede la reclamación, motivo por el cual no puede haber ningún tipo de reconocimiento respecto a los intereses moratorios.

Reitera no hay lugar a que se realice un nuevo cálculo actuarial y se reliquide la pensión, toda vez que como se mencionó, no es procedente el cargue de tiempos públicos, cuando el ciudadano se ha encontrado en las escuelas de formación ya aludidas. (*Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, Art. 80 C.P.T y la S.S., récord 2:38:46 Archivo 11 expediente virtual*)<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Gracias señora juez y dentro de la oportunidad procesal pertinente me permite interponer el recurso de apelación en contra la sentencia proferida por el despacho, para lo cual me permito resaltar los puntos sobre los cuales difiero de los argumentos utilizados por éste y por los cuales interpongo el citado recurso.

Sea lo primero resaltar que difiere de los argumentos, escribir es esgrimidos por el a quo, puesto que derivado del estudio minucioso de la historia laboral del hoy demandante señor WILLIAM JOSÉ DURÁN NIÑO se evidenció que puesto que no se encuentran acreditadas las cotizaciones a su nombre para los periodos comprendidos entre marzo del año 1975 a mayo de 1982 y se insiste en esto puesto que no es procedente el cargo de los tiempos públicos, cuando el ciudadano se ha encontrado en escuelas de formación, desempeñando cargos de cadete, soldado alumno, Grumete preliminar, dichos periodos no tiene ningún efecto para fines pensionales, al constituir un derecho para el personal militar regulado por el régimen prestacional de la fuerza pública, que difiere de aquel denominado general en considerar a la naturaleza del servicio prestado.

Ahora bien, de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 del 93, debe resaltarse que para los que le faltaron más de 10 años, el ingreso base de liquidación deberá ser calculado sobre el promedio de lo devengado o cotizado durante los últimos 10 años, o bien el de toda su vida laboral si tuviese más de 1250 semanas actualizado el 20 con base en el IPC y es de la razón anteriormente expuesta que difiere el suscrito de las, sobre las consideraciones esgrimidas por el juez de instancia, pues se observa con meridiana claridad que no se estructuran los presupuestos legales para la prosperidad del nuevo cálculo actuarial, al que se ve abocada mi representada COLPENSIONES como tampoco lo que refiere a la reliquidación, puesto que la resolución emitida por dicha entidad en tratándose el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, hace expresa referencia a los tiempos acreditados de cotización, así como la fecha en que adquirió su status pensional.

Así mismo, me debo referir a la sentencia cuyo radicado atiende el número 40570 del año 2011, respecto al tema de los intereses moratorios, hay que si bien no se ve abocada mi representada si se interpuso recurso

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 WILLIAM JOSE DURAN NIÑO, las pretensiones relacionadas en la paginas 6 a 8 del expediente digital (archivo 1), las cuales encuentran sustento en los hechos relacionados a folios 8 a 17.; solicitando principalmente se declare cumplió todos los requisitos exigidos por el Decreto 758 de 1990 para acceder a la pensión de vejez a partir del 21 de abril del 2013 como beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como también que fue trabajador de la Flota Mercante Grancolombiana S.A. y en consecuencia se ordene a Asesores en**

---

respecto que se pretendían estos en el libelo demandatorio, hay que resaltarse lo que menciona el radicado mencionado, diciendo lo siguiente:

*“si observan este caso que la controversia surgió a raíz de que el actor en el año 1999 reclamó al Instituto la pensión especial de vejez por haber laborado en altas temperaturas, la que le fue negada con fundamento en que no reunía los requisitos legales y esa misma reclamación fue la que dio origen al presente proceso, habiendo el Tribunal dispuesto en la sentencia acusada que la prestación periódica especial por alto riesgo se causó a partir del 28 de marzo de 2002, cuando el afiliado cumplió 59 años de edad. De lo dicho colige que el demandante no le existía razón al reclamar la pensión en aquella época, de dónde surge que no se causaron los intereses moratorios, pues fue la actuación administrativa anticipada del interesado la que generó que el Instituto demandado no le pudiera reconocer la pensión en su oportunidad, por cuanto incluso estaba en trámite la reclamación judicial referida a una fecha anterior, la que finalmente estableció el Tribunal, como de estructuración del Derecho.*

*Pues se entera en el libelo inicial, se hace referencia a la petición de 03 de febrero del 99 data para la cual el actor entiende ya haber causado el Derecho pensional, esto se afirma por cuanto en los hechos establecidos en la sentencia acusada tampoco se indica que el trabajador hubiera solicitado la pensión directamente a la entidad demandada después de la fecha efectiva de causación de la prestación especial de vejez y no aparece en el expediente prueba de ello, por lo que no hay lugar, se insiste al pago de los intereses moratorios en este caso, pues en realidad no hubo causa para que ellos se generarán.”*

De lo anterior, Honorables magistrados y es dable, concluir con igual raciocinio que tampoco hay lugar a intereses moratorios cuando primero en la actuación administrativa anticipada del cumplimiento del requisito de la edad, razón en la cual no aplica cuando era posible que la entidad pudiera reconocer el derecho en aquella oportunidad o cuando el demandante no solicitó directamente la pensión a la entidad después de haber causado el derecho. Así mismo ha de tenerse en cuenta, que esto se encuentra de acuerdo suscrito respecto a lo mencionado por el despacho, por cuanto las actuaciones desplegadas por mi representada, acudieron al principio de la buena fe y en razón y en cumplimiento a las leyes establecidas para la fecha en la que procede la reclamación y en donde posteriormente se reconoce y pagan la pensión de vejez al hoy demandante, motivo por el cual, pues no habrá ningún tipo de reconocimiento respecto a los intereses moratorios y como se mencionó de manera precedente, pues no hay lugar a que se realice un nuevo cálculo actuarial y reliquide la pensión anteriormente mencionada, toda vez que como se mencionó, no es procedente el cargue de tiempos públicos, cuando el ciudadano se ha encontrado en las escuelas de formación ya aludidas.

En ese orden de ideas honorables magistrados, interpongo los argumentos sobre los cuales apeló la sentencia que acaba de proferir el despacho del juzgado primero transitorio de Bogotá, solicitando se revoque en dicha sentencia, en lo que refiere a mí se me presentaba COLPENSIONES y se (inaudible) las pretensiones incoadas en su contra. Muchísimas gracias Honorables magistrados y señora juez.

Derecho S.A.S. a expedirle la resolución del bono pensional o calculo actuarial por el tiempo laborado en dicha compañía, condenando a la Fiduciaria S.A. a pagar el título pensional o calculo actuarial que corresponda, igualmente pretende se condene a Colpensiones a tener en cuenta el tiempo laborado por el actor en la Flota Mercante y se condene al pago de la pensión de vejez a partir del 21 de abril del 2013 y a reliquidarle el IBL teniendo en cuenta todo el tiempo cotizado o el promedio de los últimos 10 años junto con todas las mesadas y aplicando una tasa del 90%, así mismo se pague el incremento del 14% por su esposa ANA RUTH MADROÑERO DE DURAN, se condene al pago de perjuicios morales y materiales por el incumplimiento en el pago de la pensión de vejez de conformidad con el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, al pago de los intereses moratorios desde el 21 de abril del 2013 fecha en que debió pagar la pensión de vejez o en subsidio la indemnización establecida en la Ley 10 de 1972, lo que resulte probado *ultra y extra petita* y las costas de la presente acción. En subsidio, pretende se declare la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café matriz y controlante de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. o de la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público para el pago del cálculo actuarial; **obteniendo sentencia parcialmente favorable a sus aspiraciones** por cuanto se declaró la existencia de dos relaciones laborales del promotor del litigio con la extinta FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA, entre el 13 de marzo de 1975 al 30 de octubre de 1978 y del 23 de noviembre de 1979 al 31 de mayo de 1982, condenando a Asesores en Derecho como mandataria en representación de PANFLOTA a expedir la Resolución a través de la cual se reconozca y ordene transferir el cálculo actuarial a favor del demandante, a COLPENSIONES a expedir el cálculo actuarial teniendo en cuenta el último salario del actor, el cual estimó para el primer contrato en US\$730,68 y para el segundo en US\$1053,4, a la FIDUPREVISORA a pagar el valor del dicho cálculo o en subsidio a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ. Igualmente condenó a COLPENSIONES a reliquidar la pensión de vejez del demandante teniendo en cuenta el tiempo de servicios prestado para la Flota (descontando las licencias o suspensiones que tuvo el demandante) como también los servicios prestados a la Armada Nacional del 10 de enero de 1971 al 30 de noviembre de 1973, ordenó el pago del retroactivo de

mesadas pensionales desde el 1° de febrero del 2017 y hasta el 30 de agosto de ese año y a partir del 1° de septiembre del 2017 el pago de las diferencias pensionales, debidamente indexadas, señalando que en caso de obtenerse una mesada mayor a la ya reconocida se debe pagar como retroactivo la suma de \$20.882.456.

Lo anterior, tras determinar, frente al cálculo actuarial, que debe prevalecer el derecho a la seguridad social del trabajador, por ende, teniendo en cuenta que los periodos reclamados por el actor fueron efectivamente prestados, no puede verse truncado su derecho pensional por la omisión en el pago de aportes, pues si bien para dicha época el empleador no estaba llamado a inscripción por el ISS lo cierto es que debía realizar los aprovisionamientos correspondientes, por cuanto su obligación en el año 1990 sino desde la expedición de la Ley 90 de 1946.

De otro lado consideró, que el salario de referencia para efectos del cálculo actuarial debe ser el último devengado por el accionante sin que se deba incluir la prima de servicios, pues según lo dispone el artículo del 307 C.S.T, esta prestación no constituye salario, precisando en las asignaciones que se dispuso tener en cuenta para el cálculo se encuentra incluido el salario básico, horas extras, recargo, suplemento, prima de antigüedad, y auxilio de alimentación.

Concluyó que existía responsabilidad subsidiaria de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, en su calidad de empresa matriz.

Frente a la reliquidación de la pensión de vejez que fue reconocida al actor en virtud del Acuerdo 049 de 1990 sostuvo que debía tenerse en cuenta tanto el tiempo servido a la flota mercante como el laborado para la armada nacional dado el cambio de criterio jurisprudencial sentado por la H. Corte Suprema de Justicia que permite la acumulación de tiempos públicos y privados.

En cuanto al retroactivo expuso si bien el actor causo el beneficio pensional el 21 de abril del 2013, para esa data no existía la novedad de retiro sin embargo adujo que como el accionante dejo de cotizar al sistema en enero de 2017 y solo se

evidencia que elevo solicitud el 29 de junio de 2017, la pensión se deberá reconocer a partir del 1° de febrero de 2017.

Así pues, de acuerdo con los términos de las apelaciones ya reseñados, el examen de la Sala se limitará a los aspectos expresamente consignados por los recurrentes en la alzada, en virtud del principio de consonancia, como también las condenas impuestas a COLPENSIONES en virtud del grado Jurisdiccional de Consulta.

En ese orden de ideas, se tiene que el demandante en primer lugar controvierte los contratos de trabajo que fueron declarados por la Juez *a quo*, pues en su sentir no corresponden a 2 sino a 3, dejándose de incluir el desarrollado del 20 de febrero al 7 de marzo de 1975 con la FLOTA MERCANTE GRAN COLOMBIANA.

Bajo tal orientación, y revisado en su integridad el expediente, estima la Sala, tal petición no puede salir adelante por cuanto lo atinente a la declaratoria de un contrato de trabajo entre el 20 de febrero y el 7 de marzo de 1975 no fue objeto del debate probatorio y, por ende, el extremo demandando no pudo ejercer sus derechos de defensa y contradicción sobre ese particular, sin que puede ser ahora sorprendida con una condena en ese sentido, pues ello va en contravía de las prerrogativas fundamentales al debido proceso y el principio de congruencia según el cual la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones de la demanda y con las excepciones que aparezcan probadas y que hubieran sido propuestas, y que no podrá condenarse al extremo demandado por un objeto distinto al pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta.

Sobre este asunto, puntualiza esta Corporación, los hechos de la demanda en este aspecto fueron del siguiente tenor (página 14 archivo 1 expediente digital):

*“3.6. El actor laboró para la Flota Mercante Grancolombiana S.A., hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., cerrada, mediante contrato a término indefinido en dos periodos así:*

*3.6.1. Desde el día 13 de marzo de 1975 hasta el 29 de octubre de 1978*

*3.6.2 Desde el día 23 de noviembre de 1979 hasta el 31 de mayo de 1982*

*3.7. El actor laboró para dicha Compañía un total de DOS MIL SETENTA Y TRES DIAS (2073) para un total de DOSCIENTAS NOVENTA Y SEIS CON CATORCE (296.14) semanas de cotización”.*



De lo anterior, surge con nitidez, ninguna aspiración erigió el demandante procurando la declaratoria de un contrato ocasional –como se menciona en la apelación- del 20 de febrero al 7 de marzo del 2015.

Ahora, si bien es deber del juzgador, con soporte en la autonomía funcional y siendo garante del acceso efectivo a la administración de justicia, interpretar de manera integral la demanda extrayendo el verdadero sentido del documento y el alcance de la protección judicial solicitada con la misma, analizando de manera armónica con lo pretendido, los extremos fácticos que rodean la causa petendi y los razonamientos jurídicos, de tal forma que, además de aferrarse a la literalidad de los términos expuestos, esclarezca el sentido del problema litigioso puesto a su consideración, sin que esto afecte los ejes principales del libelo inaugural, lo cierto es que en el asunto ninguno de los restante acápites que integran el escrito introductorio permiten develar la intención del convocante del juicio de obtener por parte de la jurisdicción un pronunciamiento sobre dicho contrato de trabajo que ahora invoca en la alzada.

De hecho, como se vio en los supuestos fácticos solo hizo mención a dos contratos de trabajo y nunca se mencionó el aquí apelado.

Además de lo anterior, el juez se encontraba vedado para pronunciarse en los términos en que lo solicita el demandante como quiera que se trató de un tema no tenido en cuenta en la fijación del litigio, donde de manera literal se indicó (Record: 20:34 audiencia del 26 de septiembre del 2019): *“Se encaminará el litigio a lo que se ha planteado dentro de la presente Litis, y las contestaciones que se han dado hasta el momento, en esa medida de encontrarse demostrado algún otro hecho y que cumpla con las condiciones del artículo 50 del C.P.T. así se dirá en la sentencia, pero ello será objeto del debate probatorio en uso de las facultades que lo confiere y teniendo en cuenta las limitaciones que se impone al uso de esos principios ultra y extra petita. En esa medida el litigio dentro del presente proceso se circunscribe a determinar si entre el señor WILLIAM JOSE DURAN NIÑO y la FLOTA MERCANTE GRAN COLOMBIANA existieron dos contratos de trabajo a término indefinido, de ser así determinar si procede la emisión o expedición de un bono pensional o pago de cálculo actuarial por el tiempo que el demandante sirvió*

a la extinta flota mercante gran colombiana, así mismo debe verificarse si procede el reconocimiento de la pensión de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990 desde la data que indica el demandante y con la inclusión del cálculo o bono pensional del tiempo laborado en la flota mercante gran colombiana (...), etapa sobre la cual el demandante no presentó inconformidad alguna en punto al contrato aquí ahora invocado, pues en dicha etapa procesal las partes se limitaron a excluir del debate los hechos aceptados por las pasivas, sin aducir al estudio de la eventual de la declaratoria de un contrato celebrado del 20 de febrero al 7 de marzo de 1975.

Lo dicho en precedencia, en términos generales, obedece a que debe guardarse fidelidad al objeto del proceso y al debate que sobre el mismo desplegaron las partes en la instancia, sin que pueda entonces, entrarse a controvertir, reestudiar o modificar aquellas circunstancias que no fueron discutidos por los interesados; ello por cuanto la ley cuida especialmente que se construya y se perfile, desde el inicio, una discusión clara y adecuadamente delimitada, además de que las demás actuaciones procesales se lleven a cabo de manera congruente con ese objeto del proceso, para cuyo fin, el legislador se ha valido de instrumentos procesales, dentro de los que se encuentra la fijación del litigio, que no es otra cosa que delimitar el marco de la discusión sobre la cual habrá de desarrollarse, en adelante, toda la actuación procesal, con los hechos y pretensiones que serán materia de debate, igual que los quedan fuera del mismo, por haber sido admitidos **o abandonados por las partes**<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Ver CSJ SL, 13 sep. 2006, rad. 25844, CSJ SL, 16 mar. 2010, rad. 36745, CSJ SL9318-2016, reiterada sentencia SL 2605 de 2019.

*“En adelante, la ley cuida que todas las actuaciones procesales guarden fidelidad con esa materia del litigio previamente fijada, de manera que en el trámite se desarrolle un debate coherente, judicialmente dirigido y con la seriedad y altura propias de la digna tarea de administrar de justicia. Para esos fines, el legislador faculta al juez del trabajo para «...rechazar la práctica de pruebas y diligencias inconducentes o superfluas en relación con el objeto del pleito...» (artículo 53 del CPTSS) y lo obliga a que su sentencia definitiva esté en consonancia con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda, igual que con las excepciones alegadas y probadas.” (Ver principio de congruencia, artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, hoy 281 del Código General del Proceso. Igualmente, CSJ SL, 22 jul. 2008, rad. 30207).*

*En iguales términos, antes y después de la entrada en vigencia de la Ley 1149 de 2007, de acuerdo con lo previsto en el artículo 66 del CPTSS, en concordancia con el 57 de la Ley 2 de 1984, el recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia debe ser adecuadamente sustentado (CSJ SL9512-2017). Es decir, sobre el recurrente pesa la carga de exponer y clarificar los motivos de su inconformidad, además de «...sustentar en forma más o menos detallada las razones con las que procura se le conceda su aspiración...» (CSJ SL7220-2016), sin necesidad, eso sí, de acudir a fórmulas sacramentales, de manera que un recurso*

Por otra parte, debe resaltarse igualmente, aunque la a quo en virtud de lo establecido en el artículo 50 del C.P.T y la S.S. cuenta con facultades para imponer condenas diferentes a las pretendidas en la demanda -extra petita- o por sumas superiores a las perseguidas –ultra petita- dicha potestad contiene un carácter facultativo y discrecional y no obligatorio, a través del vocablo “podrá”, expresada en la precitada norma procesal laboral, en ella se refleja la

---

ordinario se convierta en extraordinario (CSJ SL, 10 ag. 2010, rad. 34215, CSJ SL13179-2015, CSJ SL818-2018, entre otras).

Esa carga de sustentación, vale la pena resaltarlo, debe respetar un marco de coherencia general, trazado por el objeto del proceso previamente delineado en la instancia, y un marco de coherencia especial, definido por las decisiones y motivaciones de la decisión que se impugna. Es decir que, por regla, como lo reclama la censura, a pesar de que el recurso de apelación no es un medio de impugnación técnico, que deba seguir formas rigurosas, al hacer uso del mismo el recurrente tiene que ser fiel con el marco del proceso y de la decisión a la que se refiere, aclarando cuáles son los puntos materia de su inconformidad y las razones que tiene para ello. Ha dicho la Corte en este punto que «...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.» (CSJ SL, 26 jun. 2006, rad. 26936).

En concordancia con lo anterior, a partir del artículo 66 A del CPTSS, el legislador restringe la competencia del juzgador de segundo grado al análisis de «...las materias objeto del recurso de apelación...», lo que, según ha precisado esta sala de la Corte, supone que «...le está vedado a dicho fallador pronunciarse sobre aspectos ajenos o extraños a éstos, pues ello comportaría un claro desconocimiento al debido proceso de la contraparte y una directa vulneración de las referidas disposiciones...», lo cual, sin embargo, no significa que «...no pueda apartarse de la calificación jurídica que sobre determinada realidad fáctica proponga la parte recurrente, por lo que si bien debe someterse en estricto rigor a las temáticas apeladas y sustentadas, no necesariamente debe acoger en su pronunciamiento el análisis jurídico propuesto por la parte...» (CSJ SL13260-2015).

Como ya se dijo, a partir de esta gama de institutos procesales, el legislador propende por un proceso laboral dinámico y coherente, de manera que en todas las instancias, inclusive en sede del recurso extraordinario de casación, se respeten los contornos y límites de la discusión proyectada desde cuando se traba la relación jurídico procesal y no se instaure una especie de foro abierto en el que sea posible desarrollar cualquier tipo de discurso o plantear cualquier tipo de disputa. A este propósito contribuyen otro tipo de principios como el de buena fe, la confianza legítima y el respeto de los actos propios, que constituyen importantes exigencias de lealtad en el actuar procesal de las partes (CSJ SL13256-2015 y CSJ SL870-2018).

**En ese sentido, en el proceso laboral ser congruente y coherente es una exigencia de primerísimo nivel, exigible tanto a los juzgadores como a las partes, además de un correlato de derechos fundamentales de gran importancia, como el debido proceso.[...]**

Hasta este punto, la Corte ha hecho hincapié en que existe un conjunto de institutos procesales destinados a dotar de coherencia y racionalidad al proceso laboral. Dentro de dichos mecanismos, vale reiterar, en lo que se refiere a la actuación de jueces colegiados en segunda instancia, se encuentra el deber de sustentar el recurso de apelación y el de resolver en consonancia con los materias incluidas en dicho medio de impugnación.

Concretamente, respecto de ese deber de sustentar la apelación y el principio de consonancia, que es a lo que se refiere el cargo, la Corte ha dicho que al Tribunal le resulta forzoso resolver sobre las materias propuestas en el recurso de alzada, de manera que entre el objeto de la impugnación y lo resuelto exista una relación de correspondencia. Como también ya se analizó en precedencia, ello no implica que el juzgador de segundo grado esté atado a los argumentos del apelante o a la calificación jurídica que de los hechos promueva, no obstante lo cual, en términos generales, sí debe guardarle fidelidad al objeto del proceso y al debate que sobre el mismo desplegaron las partes en las instancias, «...sin que pueda, entonces, entrar a controvertir, reestudiar o modificar aquellos aspectos de la providencia que no fueron discutidos por los interesados...» (CSJ SL, 17 mar. 2009, rad. 31350).(subrayado fuera de texto)” SL 2605-2019.

independencia de las decisiones de la justicia (art. 228 C.P.), y el principio según el cual los jueces, en sus providencias *"solo al están sometidos imperio de la ley"* (art. 230 C.P.) y su aplicación está sujeta a los siguientes requisitos: si se refiere a la condena extrapetita, los hechos que originen la decisión del Juez deben: a) haber sido discutidos en el juicio y estar debidamente probados y si trata de condena ultra petita se requiere: a) que aparezca que las sumas demandadas son inferiores a las que le corresponden al trabajador, y b) que no le hayan sido pagadas.

De esta forma, los poderes ultra y extrapetita del Juez laboral deben guardar relación con la concordancia o consonancia que debe existir entre los hechos, las pretensiones, y las excepciones, con la decisión que tome el Juez en la sentencia, a la luz del artículo 281 del C.G.P.

En ese orden, en el caso de autos no podía el juez, ni aun en uso de las facultadas extra petita, imponer a cargo de las demandadas la obligación de pagar un cálculo actuarial por un periodo que no hizo parte de la discusión, pues ni una sola mención se hizo a ello a lo largo del juicio.

Por lo expuesto, habrá de confirmarse la decisión de primer grado en este aspecto, esto es que entre el demandante y la extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA, existieron dos contratos de trabajo uno del 13 de marzo de 1975 al 30 de octubre de 1978 (*páginas 208 a 214 archivo 2 expediente digital*) y el otro del 23 de noviembre de 1979 al 31 de mayo de 1982 (*páginas 216 a 224 archivo 2 expediente digital*), lapso durante el cual esa sociedad no efectuó los aportes a seguridad social en pensiones a favor del trabajador, situación así determinada por la a quo.

Ahora en lo que tiene que ver con las suspensiones que hubo en esos contratos se tiene que revisada la hoja de vida del actor (*archivo 5 expediente digital página 4*) tal determinación de la a quo se encuentra justificada, en tanto en desarrollo de los referidos contratos existieron periodos en los que hubo licencias sin sueldo, es decir, no se prestó el servicio en tales días, y en esa medida no se pueden incluir en el cálculo actuarial solicitado, precisándose al recurrente dentro del proceso no

se acreditó que tales licencias fueron producto de una huelga como lo señala en la alzada.

| LICENCIAS, PERMISOS Y ENFERMEDADES |           |     |       |           |       |      |        |                                        |  |
|------------------------------------|-----------|-----|-------|-----------|-------|------|--------|----------------------------------------|--|
| DEL                                |           |     | AL    |           |       | DIAS | SUELDO | OBSERVACIONES                          |  |
| DIA                                | MES       | AÑO | DIA   | MES       | AÑO   |      |        |                                        |  |
| 4                                  | Febrero   | /76 | 13    | Febrero   | /76   | 10   | S I N  | Licencia sin sueldo                    |  |
| 30                                 | Septembr  | /76 | 4     | Octubre   | /76   | 5    | 2/3    | Enfermo a bordo «Cartindias»           |  |
| 8                                  | Octubre   | /76 | 24    | Octubre   | /76   | 17   | S I N  | Licencia sin sueldo 15 días y/o        |  |
| 10                                 | Abril     | /77 | 12    | Mayo      | /77   | 42   | 2/3    | Enfermo.                               |  |
| 12                                 | Julio     | /77 | 20    | Julio     | /77   | 9    | S I N  | Licencia sin sueldo 6 días y/o.        |  |
| 16                                 | Diciembre | /77 | 30    | Diciembre | /77   | 16   | S I N  | Licencia sin sueldo 10 días y/o.       |  |
| 10                                 | Abril     | /78 | 11    | Abril     | /78   | 2    | S I N  | Licencia sin sueldo 2 días.            |  |
| 27                                 | Mayo      | /78 | 28    | Mayo      | /78   | 2    | S I N  | Licencia sin sueldo 2 días             |  |
| 22                                 | Agosto    | /78 | 23    | Agosto    | /78   | 2    | S I N  | Licencia sin sueldo 2 días             |  |
| 4                                  | Octubr    | /78 | 11    | Octubr    | /78   | 8    | 2/3    | Enfermo. desemb.tratam.                |  |
| 12                                 | Octubr    | /78 | 17    | Octubr    | /78   | 6    | S I N  | Licencia sin sueldo 2 días             |  |
| 7                                  | Abril     | /80 | 24    | Abril     | /80   | 18   | S I N  | Licencia sin sueldo .Exáma. "Esc.Naval |  |
| 23                                 | Agosto    | /80 | 8     | Septembr  | /80   | 17   | 2/3    | Enfermo.desemb.tratam.Bog.             |  |
| 9                                  | Septembr  | /80 | 15    | Septabr   | /80   | 7    | S I N  | Lic. s. s. 8 días y/o.                 |  |
| 3                                  | Julio     | /81 | ----- | -----     | ----- | -0-  | Compl. | Acte.Trabajo Cineiva                   |  |
| 9                                  | Septembr  | /81 | 10    | Septembr  | /81   | 2    | S I N  | Lic.s.s. 2 días                        |  |
| 3                                  | Octb      | /81 | 10    | Diciembre | /81   | 69   | Compl. | Enfermo.desemb.tratam.Bogotá           |  |

Evacuado lo anterior y, en cuanto a la falta de cobertura del ISS en los periodos atrás determinados y laborados por el actor expuesto en la alzada por la Federación Nacional de Cafeteros y Colpensiones debe señalar la Sala, si bien la Corte Suprema de Justicia en sus pronunciamientos venía exponiendo el criterio según el cual, no era obligatorio realizar la afiliación, y por ende la cotización de aportes, por el hecho de que en el lugar donde se hubiera prestado el servicio no existía cobertura del Instituto de Seguros Sociales y por esa razón no se podía hablar de incumplimiento imputable al empleador no siendo este responsable de dichos aportes por el tiempo en el que no hubo cobertura de dicha entidad; en Sentencia SL9856 del 16 de julio de 2014 dentro de la Radicación No. 41475<sup>7</sup>, fue

<sup>7</sup> Planteado así el estado de la jurisprudencia de la Sala, en virtud de la nueva composición, se considera necesario fijar el criterio de la mayoría de sus integrantes, como enseguida se anota.

No se somete a duda que la dificultad, si no imposibilidad, logística y financiera que comportaba la implantación del sistema general de pensiones, impuso que su entrada en vigencia se hiciera en forma gradual; por ello, es perfectamente justificable que la asunción de los riesgos amparados por el mismo, no rigiera paralelamente en todas las regiones de la geografía nacional, sino que, en la medida en que se iba haciendo viable, la garantía que implicaba que las pensiones dejaran de estar a cargo del empleador, se fue extendiendo a zonas en las que las condiciones de variada índole permitían el avance. Incluso, no se desconoce que aún llegado el momento en que adquirió vigor jurídico la Ley 100 de 1993, un amplio sector no había alcanzado la protección.

Aun cuando es cierto el carácter transitorio del régimen de prestaciones patronales, no puede estimarse que el empleador no tuviera responsabilidades ni obligación respecto de los periodos efectivamente trabajados por su empleado, pues la disposición que reguló el tema no lo excluyó de ese gravamen, es decir, no puede interpretarse aquella previsión en forma restrictiva, ni menos bajo la lectura del 1613 del C.C., porque se desconoce la protección integral que se debe al trabajador, la cual se logra a través de la entidad de Seguridad Social, si se dan las exigencias legales y reglamentarias, a cargo de la empleadora, en cualquier evento en que deba la atención de riesgos, esto es, por las diferentes causas que no distingue el legislador,

como la ausencia de aportes a la Seguridad Social ante la falta de cobertura del I.S.S., o por la omisión del responsable de la afiliación respectiva o del pago de las cotizaciones debidas.

Precisamente el artículo 76 de la Ley 90 de 1946 clarificó la situación al disponer «El seguro de vejez a que se refiere la Sección Tercera de esta Ley reemplaza la pensión de jubilación que ha venido figurando en la legislación anterior. Para que el Instituto pueda asumir el riesgo de vejez en relación con servicios prestados con anterioridad a la presente ley, el patrono deberá aportar las cuotas proporcionales correspondientes. Las personas entidades o empresas que de conformidad con la legislación anterior están obligadas a reconocer pensiones de jubilación a sus trabajadores, seguirán afectadas por esa obligación en los términos de tales normas, respecto de los empleados y obreros que hayan venido sirviéndoles hasta que el Instituto convenga en subrogarlas en el pago de esas pensiones eventuales. En ningún caso las condiciones del seguro de vejez para aquellos empleados y obreros que al momento de la subrogación lleven a lo menos diez (10) años de trabajo al servicio de las personas, entidades o empresas que se trate de subrogar dicho riesgo serán menos favorables que las establecidas para aquellos por la legislación sobre jubilación anterior a la presente ley»; de forma que al contemplar esas situaciones, no puede entenderse que excluyó al patrono de las obligaciones inherentes al contrato de trabajo.

En efecto, bajo la égida de que no existía norma que regulara el pago de las cotizaciones en cabeza del empleador, en el período en que no existió cobertura del I.S.S., parece desconocerse que el trabajador no tenía por qué ver frustrado su derecho al desconocerse el periodo en el que realmente prestó el servicio, sin que sea viable gravarlo, ante la aparente orfandad legislativa a la que hace referencia a la sentencia, pues ciertamente esos lapsos tienen una incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional.

La sentencia de la Sala Plena de esta Corte, de 9 de septiembre de 1982, reconoce que el empleador tiene una serie de compromisos, en el periodo en el que no existió cobertura; justamente en ella se lee que «la filosofía misma del sistema de Seguridad Social demuestra diáfamanamente que lo que se pretendía con él era el beneficio general e indiscriminado de los trabajadores, especialmente en cuanto se ampliaba sistemáticamente la cobertura de las prestaciones para abarcar un extenso grupo de los mismos, que hasta ese momento carecía de tales prestaciones. Las normas correspondientes significaron a la postre un mejoramiento integral de los trabajadores y una tecnificación indudable, de lo cual hasta el momento carecía la legislación laboral del país.

Así pues, desde el propio comienzo de esta nueva etapa de la seguridad social en el país quedó suficientemente claro, además de la citada aspiración técnica, que los riesgos originarios de las prestaciones sociales estarían a cargo del patrono respectivo, solamente mientras se organizaba el Seguro Social Obligatorio. Fue así como el artículo 12 de la Ley 6ª de 1945, en cláusula repetida luego por los artículos 193-2 y 259-2 del Código Sustantivo del Trabajo dispuso que "mientras se organiza el Seguro Social obligatorio corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con los trabajadores, ya sean empleados u obreros".

De esa reseña jurisprudencial debe resaltarse que el «mejoramiento integral de los trabajadores», que implicó la asunción de riesgos por el ISS, sólo puede concebirse si tal cobertura se hace efectiva, porque de lo contrario, lejos de existir progreso en las condiciones laborales que permitiría que quede desprovisto de una atención plena e integral, que se debe por el trabajo desarrollado.

Por demás, el marco histórico constitucional da cuenta que desde la Carta Política de 1886 se previó la protección de los trabajadores, inclusive en estados de conmoción interior, impidiendo la afectación y el desmejoramiento de sus derechos aspecto que debe ponderarse para la interpretación del querer del legislador.

Estima esta Corte que si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de las contingencias propias del trabajo, aquella cesó cuando se subrogó en la entidad de seguridad social, de forma que ese período <en el que aquel tuvo tal responsabilidad, no puede ser obviado o considerarse inane, menos puede imponérsele al trabajador que vea afectado su derecho a la pensión, ya sea porque se desconocieron esos periodos, o porque por virtud del tránsito legislativo ve perturbado su derecho.

Esa responsabilidad no puede entenderse como vacía, u obsoleta, por el contrario se traduce en una serie de obligaciones de quien estaba llamado a otorgar la pensión y quien si bien se subrogó no puede desconocer los periodos laborados por el trabajador.

reexaminado el tema considerándose inviable estimar que el empleador no tuviera responsabilidades ni obligaciones respecto de los periodos efectivamente trabajados por su empleado, con fundamento en que ello desconoce la protección integral que se debe al trabajador, pasando por alto que éste último no tiene por qué ver frustrado su derecho al excluirse el periodo durante el cual prestó su servicio bajo el amparo de un aparente vacío normativo, pues esos lapsos tienen incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional.

Agregó la Corte en dicho pronunciamiento que el empleador tiene una serie de compromisos por los periodos en los que no existió cobertura, y no se puede imponer la afectación del derecho a la pensión del trabajador porque se desconozcan dichos periodos o por virtud del tránsito legislativo; por lo tanto el patrono debe responder por el pago de los periodos en los que la prestación

---

*Así se expuso en la sentencia 27475 de 24 de noviembre de 2006: «En efecto, desde la creación del Instituto de Seguros Sociales lo que se buscaba era la subrogación del ISS con relación a los riesgos laborales. Pero ello no era posible de inmediato ni en todo el territorio nacional, razón por la cual se mantuvo vigente la responsabilidad de los empleadores hasta la asunción de dichas contingencias por el ISS».*

*En tal sentido, en criterio de esta Corte, el patrono, debe responder al Instituto de Seguros Sociales por el pago de los periodos en los que la prestación estuvo a su cargo, pues sólo en ese evento pudo haberse liberado de la carga que le correspondía, amén de las obligaciones contractuales existentes entre las partes. Por demás la imprevisión del legislador de mediados del siglo pasado no puede cargarse a la parte débil de la relación, para ello además se podría oponer la confianza legítima que inspira la adecuación del comportamiento ciudadano a los mandatos del legislador. Empero, se estima que otro sería el escenario en el que cabría discutir una eventual responsabilidad por falta de previsión legislativa, para situaciones como las que da cuenta este proceso.*

*Vale destacar la intelección anclada en la lectura de los artículos 59 a 61 del Acuerdo 224 de 1966, reguladores de la subrogación paulatina de la pensión de jubilación del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto, si bien, los patronos de los trabajadores que al momento de la asunción del riesgo de vejez por el ISS no habían cumplido 10 años de servicios, fueron subrogados por dicha entidad en la obligación de pagar la pensión de jubilación, no traduce la liberación de toda carga económica, pues en casos como el presente, en los que no se alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, se debe facilitar al trabajador que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social.*

*Tampoco conviene desapercibir que si el demandante nació el 20 de marzo de 1947 (folios 43 y 99), el mismo día y mes de 2007 alcanzó la edad exigida para el reconocimiento de la prestación pensional, por manera que su situación se gobierna por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, que en el literal c) del parágrafo 1º, para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez, dispone que se tendrá en cuenta «El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993», precepto que entendido en los términos de la sentencia 32922, ya citada y copiada, es decir en «consonancia con la vocación del Sistema General de Pensiones de proteger a la totalidad de los trabajadores subordinados», de suerte que «el alcance de dicha norma debe ser comprensivo de aquella variedad de situaciones en las que el empleador tuvo o tenía a su cargo el deber de reconocer y pagar el derecho pensional», fuerza una solución como la que adoptó el Tribunal”.*

estuvo a su cargo, como quiera que solo de esa manera se libera de la carga que le corresponde en virtud de las obligaciones contractuales entre las partes.

Sobre este aspecto, además, la Corte Suprema en sentencia SL 3892 del 2 de marzo del 2016<sup>8</sup>, señaló:

*“En lo que atañe a los **tiempos de servicio prestados al empleador que no fue llamado por el ISS a la afiliación obligatoria**, situación que claramente difiere de la ausencia de afiliación por omisión acabada de ver, esta corporación, igualmente, le ha impuesto la obligación al empleador de reconocer el cálculo actuarial, representado en un bono o título pensional, correspondiente al tiempo de servicio prestado sin cobertura del ISS, con base en el literal c) del artículo 33 original de la Ley 100 de 1993, reiterado en el mismo literal c) del artículo 9º de la Ley 797 en comento; como se puede apreciar en las sentencias CSJ del 22 de julio de 2009, No. 32922; del 24 de enero de 2012, No. 35692 y SL 17300 de 2014, donde se impuso condena en este sentido, por haberse encontrado que el empleador, si bien no tuvo el deber de afiliación al ISS en todo el tiempo de la prestación del servicio, de todas formas sí era de su cuenta la pensión mientras no hubo afiliación, y que los contratos de trabajo estaban vigentes cuando comenzó a regir el nuevo sistema integral de seguridad social (...)*”

---

<sup>8</sup> “En lo que atañe a los **tiempos de servicio prestados al empleador que no fue llamado por el ISS a la afiliación obligatoria**, situación que claramente difiere de la ausencia de afiliación por omisión acabada de ver, esta corporación, igualmente, le ha impuesto la obligación al empleador de reconocer el cálculo actuarial, representado en un bono o título pensional, correspondiente al tiempo de servicio prestado sin cobertura del ISS, con base en el literal c) del artículo 33 original de la Ley 100 de 1993, reiterado en el mismo literal c) del artículo 9º de la Ley 797 en comento; como se puede apreciar en las sentencias CSJ del 22 de julio de 2009, No. 32922; del 24 de enero de 2012, No. 35692 y SL 17300 de 2014, donde se impuso condena en este sentido, por haberse encontrado que el empleador, si bien no tuvo el deber de afiliación al ISS en todo el tiempo de la prestación del servicio, de todas formas sí era de su cuenta la pensión mientras no hubo afiliación, y que los contratos de trabajo estaban vigentes cuando comenzó a regir el nuevo sistema integral de seguridad social.

(...)

Así fue como esta corporación reconoció el principio de la protección integral de la seguridad social al trabajador subordinado, la cual se logra a través de la entidad de la seguridad social respectiva, siempre y cuando se den las exigencias legales y reglamentarias a cargo del empleador, en cualquier evento en que él deba la atención de riesgos, esto es por las diferentes causas que no distingue el legislador, como la ausencia de aportes a la seguridad social ante la falta de cobertura del ISS, o por la omisión del responsable ya sea en la afiliación o en el pago de las cotizaciones debidas, o porque, como sucede en el caso que ocupa la atención de la Sala, se trata de una empresa que pertenece al sector petrolero que fue llamado a afiliarse mucho después, a partir del 1º de octubre de 1993.

Y tales exigencias deben servir para garantizar que el empleador responda al ISS por el pago de los periodos en los que la prestación estuvo por su cuenta, pues solo en ese evento él puede liberarse de la carga que le correspondía; sobre todo porque no puede imponérsele al trabajador que, ante la asunción de los riesgos de invalidez, vejez y muerte por el nuevo ente de seguridad social, los cuales estaban en cabeza del empleador al momento de la subrogación, pierda el derecho adquirido, con base en el artículo 260 del CST, a que sus tiempos de prestación del servicio como trabajador subordinado sean computados para obtener la pensión y tenga que comenzar de cero ante el nuevo sistema, y quedar como si no hubiese estado aplicando para conseguir una pensión, a causa de la implementación del nuevo régimen de ese entonces, el cual justamente fundamenta la adquisición de este derecho vitalicio en la suma de cotizaciones al sistema, con independencia de si prestó sus servicios o no ante un mismo empleador.”



A más de lo anterior, debe tenerse en cuenta la posición asumida por la Corte Constitucional y que puede leerse por ejemplo en la sentencia T-784 de 2010, en la cual concluyó que:

*“i. La ley 6ª de 1945 asigna a los empleadores la obligación de asumir el pago de las pensiones de jubilación de sus trabajadores, previo cumplimiento de los requisitos legales establecidos.*

*ii. El Instituto Colombiano de Seguros Sociales asumirá esta obligación de forma progresiva en reemplazo de las empresas a ello obligadas.*

*iii. Cuando el Instituto asumía el pago de dichas prestaciones, el empleador debía realizar un aporte proporcional al tiempo que el trabajador había laborado en la empresa –artículo 72 de la ley 90 de 1946-...*

*Como puede observarse, a partir de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 adquirió carácter general la obligación por parte de los empleadores de afiliar al régimen de seguridad social en pensiones a sus trabajadores, (...).*

*(...)*

*En resumen, desde la Ley 90 de 1946 se impuso la obligación a los empleadores de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para la realizar las cotizaciones al sistema de seguro social, mientras entraba en vigencia éste. Aunque, el llamado de afiliación a las empresas que se dedicaban a la actividad petrolera y a los trabajadores de éstas, se hizo con posterioridad, esto no significa que la obligación haya quedado condicionada en el tiempo, pues únicamente lo que se prorrogó en el tiempo es que las cotizaciones se transfirieran al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, hoy Instituto de Seguros Sociales.”*

Y frente al hecho que no estuviera vigente el vínculo laboral para la data en que se expidió la Resolución No. 3296 de 1990 (Archivo “CD FL 910”), por la cual se procede a fijar la fecha de iniciación de inscripción en el régimen de los seguros sociales obligatorios para el personal de mar que labora en las empresas y agencias de transporte marítimo, esto es, 15 de agosto de 1990, bien podemos acudir al literal d)<sup>9</sup> del parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993

---

<sup>9</sup> **Parágrafo 1º.** Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta:

- a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones;
- b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados;
- c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.
- d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.
- e) El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que antes de la Ley 100 de 1993 tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión.

reformado por la Ley 797 de 2003-, en el cual se dispone la contabilización de tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador, simplemente, sin que allí se exija la vinculación laboral para la referida época.

Valga aquí recordar lo considerado en sentencia de casación laboral ya citada: *“...si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de las contingencias propias del trabajo, aquello cesó cuando se subrogó la entidad de seguridad social, de forma que ese periodo, <en el que aquel tuvo tal responsabilidad, no puede ser inane, menos puede imponérsele al trabajador que vea afectado su derecho a la pensión, **ya sea porque se desconocieron esos periodos, o porque por virtud del tránsito legislativo ve perturbado su derecho**”*

Ahora bien, en esa misma dirección se ha pronunciado en reiteradas oportunidades la Corte Constitucional, como ejemplo, en Sentencia T-410 de 2014, en la cual, en ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad, concluyó que el condicionamiento relacionado con la necesidad de vigencia de la relación laboral para la fecha de entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, para la contabilización de los tiempos de servicios en los cuales no se realizaron aportes por el empleador, previsto en el literal c) del parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y el mismo literal del parágrafo 1º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, es inaplicable, en consideración a que:

*“...infringen la protección prodigada por los artículos 48 y 58 de la Constitución a los derechos adquiridos en materia pensional, pues los mencionados apartes normativos impiden el traslado de los aportes correspondientes a los tiempos servidos por trabajadores que prestaron su fuerza laboral en empresas que antes de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de una pensión y cuyos contratos de trabajo finalizaron con anterioridad a la entrada en vigor de la misma”.*

De tal suerte, no son de recibo para la Sala las hipótesis expuestas por el gestor judicial de la enjuiciada FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, frente al reconocimiento del cálculo actuarial, por lo que no se atenderán de manera favorable tales argumentaciones, por las razones expuestas de manera precedente.

Por otra parte, en lo que hace a la inconformidad que se hizo consistir en el pago del cálculo actuarial teniendo en cuenta únicamente el porcentaje que le correspondía al empleador, baste con señalar que ésta demandada no probó en autos que durante la vinculación laboral del demandante con la Flota Mercante se le hicieran los descuentos correspondientes para tal fin, siendo el empleador el obligado a recaudarlos, como tampoco que hubiese cumplido con la obligación de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para realizar las cotizaciones al sistema de Seguro Social, mientras entraba en vigencia éste, pues si bien el llamado de afiliación para los trabajadores marítimos se dio con la Resolución No. 03296 del 2 de agosto de 1990, esto no significa que la obligación haya quedado condicionada en el tiempo, pues únicamente lo que se prorrogó en el tiempo es que las cotizaciones se transfirieran al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, lo cual como se vio no se hizo, por ello deberá efectuarse el pago del cálculo actuarial en las condiciones expuestas por la Juez a *quo*, confirmándose su decisión.

Además, para los efectos de este particular caso no tiene trascendencia la proporción con que tanto el empleador como el trabajador deban contribuir al sistema para la construcción de la pensión de este último, por cuanto en verdad el fundamento de la condena estriba en que para ese entonces - cuando no había cobertura del ISS - la pensión estaba a cargo del empleador, así que asumiendo por ese lapso el pago del cálculo actuarial, se libera de su obligación, recuérdese lo dispuesto en el artículo 72 de la ley 90 de 1946.

Sobre este punto vale la pena indicar, el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL3924 de 2021, estimó que el empleador debe asumir la totalidad del título pensional durante el lapso de no afiliación por falta de cobertura, puesto que es el único responsable del riesgo pensional, por tal motivo no resulta procedente que el valor del título pensional sea distribuido entre él y el extrabajador en la proporción prevista legalmente para los aportes pensionales. Puntualmente, ilustró:

*“Así mismo, si los aportes por dichos tiempos no subrogados por falta de cobertura deben reconocerse vía cálculo actuarial o por medio de las cotizaciones indexadas o con intereses de mora, la Corte también ha señalado en la decisión CSJ SL2465-2021, que:*

**[...]corresponde al empleador efectuar el pago de la totalidad del cálculo actuarial por falta de afiliación, teniendo en cuenta que el mismo difiere sustancialmente de las simples cotizaciones o aportes indexados o con intereses moratorios, como si se tratara de periodos en mora de pago, pues representa la proporción de capital necesario para sufragar la pensión, con relación al tiempo de servicios en el que el empleador fue el único responsable de la prestación.**

*Por manera que es a través del cálculo actuarial y no de la entrega de cotizaciones con indexación o mora como lo pide la censura, que se deben reconocer los tiempos laborados por un trabajador a una empresa que no se subrogó en el riesgo pensional por falta de cobertura geográfica."*

La anterior cita jurisprudencial sirve igualmente para negar la petición de no ordenarse el pago del cálculo actuarial, sino las cotizaciones debidamente indexadas o la contribución en el pago de esos aportes, para lo cual también cabe recordar al apelante en este punto que los periodos en que no hubo afiliación, no pueden ser asimilados a aquellos en que si hay afiliación pero existe mora o pago tardío, pues se tratan de situaciones jurídicas diferentes, que por ello conllevan también consecuencias diferentes para el empleador y para la entidad de pensiones.

En los segundos, esto es, en los que se presenta mora patronal, se tiene establecido que es obligación de la administradora de pensiones tenerlos en cuenta si no ejerció las correspondientes acciones de cobro (artículos 23 y 24 Ley 100 de 1993), pero, en el primero, cuando no hubo afiliación -que es el caso que nos ocupa-, **la entidad solamente puede tener en cuenta el tiempo siempre y cuando el empleador traslade el valor del cálculo actuarial a satisfacción**, (literal d, párrafo 1º, artículo 33 de la Ley 100 de 1993), por ende de darse una orden distinta al pago del cálculo actuarial, el tiempo de aportes aquí reclamado no se tendría en cuenta por COLPENSIONES. Al tema, puede consultarse la Sala de Casación Laboral de la CSJ, en sentencia SL 14388 del 20 de octubre de 2015, Rad. 43182<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> **2. Diferencias entre «mora» en el pago de los aportes y «falta de afiliación» al sistema de pensiones. Consecuencias jurídicas de la omisión en la afiliación.**

*Es cierto que esta Corporación se ha preocupado por diferenciar los efectos de una «mora» en el pago de los aportes, de los de una «falta de afiliación» al sistema de pensiones, por tener dichos fenómenos causas y consecuencias jurídicas diferentes, como lo dedujo el Tribunal y lo resaltan los opositores.*

Establecida entonces la obligación que estaba en cabeza del empleador del actor frente a las cotizaciones en pensiones durante el periodo en que no hubo cobertura, se procede a estudiar las inconformidades relacionadas con el cálculo actuarial al que se condenó y respecto del cual no está conforme el apoderado de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS ni el actor frente a los salarios determinados por el despacho.

En este orden de ideas, resulta necesario traer a colación el Decreto 1887 de 1994 a través del cual se establece la metodología para el cálculo de la reserva actuarial o cálculo actuarial que se debe trasladar a las administradoras de fondos de pensiones, señalando en cuanto al salario que se debe tomar para éste operación aritmética lo siguiente:

*"ARTICULO 4o. SALARIO DE REFERENCIA. (...)*

*El salario base de liquidación devengado al 31 de marzo de 1994 estará conformado por los factores que de conformidad con lo dispuesto en el Código Sustantivo del trabajo, constituyen salario. En todo caso el salario base de liquidación no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente en dicha fecha, **ni superior a 20 veces dicho salario.***

*PARAGRAFO. Para el caso de empleados que habiendo estado vinculados al 23 de diciembre de 1993, ya no lo están al 31 de marzo de 1994 **el salario de referencia se calculará utilizando el último salario base de liquidación.***"

Conforme a lo anterior, luce evidente que en efecto el salario de referencia para efectos del cálculo actuarial debe ser el último devengado<sup>11</sup> por el señor WILLIAM JOSE DURAN NIÑO, es decir, el de octubre de 1978 para el primer contrato y el de mayo de 1982 para el segundo contrato.

---

*Frente a la primera situación, de «mora» en el pago de aportes, esta Sala de la Corte ha expresado en su jurisprudencia que la validez de las semanas cotizadas, por la mora del empleador en el pago del aporte, no puede ser cuestionada o desconocida por la respectiva entidad de seguridad social, si antes no acredita el adelantamiento de las acciones tendientes a gestionar su cobro. (...)*

*Dicho ello, la Sala reitera que, ante hipótesis de omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, y obligación del empleador pagar un cálculo actuarial, por los tiempos omitidos, a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social.*" (Subrayas fuera de texto)

<sup>11</sup> La Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicación 42530 del 22 de abril del 2015 y 42530 del 11 de noviembre del 2015, para la liquidación del cálculo actuarial tomó el último salario devengado.

En este orden de ideas, y en punto a los factores que lo integran alegados por la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS en su apelación, ha de advertirse que conforme a una interpretación armónica de los artículos 127 y 128 del C. S. del T., debe entenderse que un pago habitual y continuo, ya en dinero, ora en especie, que retribuya directamente el servicio debe ser considerado como salario para todos los efectos legales, para lo cual se tendrá en cuenta las pruebas aportadas al expediente y especialmente en las que se establezca los valores percibidos por el demandante como contraprestación directa de sus servicios a la Flota Mercante Grancolombiana S.A., sin que puedan excluirse los mismos como se solicita.

En esta dirección obra en el archivo la Hoja de Vida del accionante allegada por la FIDUPREVISORA S.A. (*Archivo 5 expediente digital páginas 103 a 106*), de donde se pueden extraer los salarios devengados por el trabajador durante tales vinculaciones con la Flota Mercante Gran Colombiana, documental en la que, para efectos de liquidar la cesantía se señala como valores recibidos en el último año de servicios los siguientes:

1er contrato 13 de marzo de 1975 al 30 de octubre de 1978

- Sueldos US\$4460,02
- Dominicales y feriados 1551,64
- Extras 911,34
- Alimentación y alojamiento 1074
- Viáticos y/o suplementos 13.82
- Recargo trabajo nocturno 35% 757.49

TOTAL = us8768.31

2do contrato 23 de noviembre de 1979 al 31 de mayo de 1982

- Sueldos US\$6678,24
- Prima de antigüedad 152.16
- Dominicales y feriados 1482.33

- Extras 1026.26
- Alimentación y alojamiento 1708,50
- Viáticos y/o suplementos 947,47
- Recargo trabajo nocturno 35% 645,98

TOTAL = us12640,94

Sin embargo, no debe perderse de vista que esas fueron las cifras recibida durante todo el año, por lo que el promedio salarial mensual es de US 730,68 para el 30 de octubre de 1978 (1er cto) y US 1053,4 para el 31 de mayo de 1982 (2do cto), cifras sobre las cuales debe COLPENSIONES efectuar el cálculo actuarial, precisándose el salario base de liquidación no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente para 1978 y 1982 (*últimos años en que el actor laboró y hasta donde existió la omisión en el pago de aportes pensionales*), ni superior a 20 veces dicho salario, tal como lo establece el Decreto 1887 de 1994, inciso 1° del artículo 4, e igualmente conforme lo expone el apoderado de la Federación Nacional de Cafeteros Colpensiones deberá tener en cuenta las tablas de cotización de aportes establecidas por el ISS para la época, en aras de que no se vulneren los topes mínimos ni máximos asegurables, precisándose en este aspecto el fallo de primer grado.

Valga decir, este valor no requiere actualización monetaria pues para ello la misma se convierte a pesos de acuerdo al DTF vigente, el cual trae inmersa la actualización.

Aunado a lo anterior, no se puede tener como factor salarial la prima de servicios como lo pretende el accionante, pues de conformidad con el artículo 307 del C.S.T.<sup>12</sup>, esta no constituye salario, nótese que ésta es una prestación social y por ende conforme se ha sostenido de vieja data por la Corte Suprema de Justicia (Gaceta Judicial No. 2462 Radicación 5481. Acta número 7<sup>13</sup>) no retribuye

---

<sup>12</sup> **ARTICULO 307. CARACTER JURIDICO.** La prima anual no es salario, ni se computará como factor del salario en ningún caso.

<sup>13</sup> "La circunstancia innegable de nuestro estatuto laboral también comprenda dentro del título que regula las prestaciones sociales los beneficios correspondientes a la prima de servicios y la dotación de calzado y vestido de laboral –de los cuales podría decirse que no cubren riesgos- no alcanza a invalidar la argumentación que se viene exponiendo, en efecto, la referida prima de servicios, bajo la reglamentación

propiamente la actividad desplegada por el trabajador conforme a lo dispuesto por el artículo 128 del C.S.T., y en esa medida no resultaría viable incluir la prima de servicios para hallar el último salario devengado por el demandante. Sobre este punto, la Corte Suprema de Justicia en sede de Casación Laboral sentencia SL18067 del 19 de octubre del 2016, en un caso de similares connotaciones al presente, consideró:

*“Ahora bien, según se reporta en la documental allegada por la parte actora y que reposa a folio 47 del cuaderno de la Corte, la cual corresponde a la liquidación final de prestaciones sociales hechas a favor de Omar Adolfo Gerts Ramón, documento plenamente conocido por la pasiva en tanto de ella proviene, se observa que el difunto recibió en el último año de servicio, por concepto de salarios, la suma de US\$23.399,19, pues se excluye el valor que se le canceló a título de prima de servicio, por carecer de la connotación salarial que se requiere para efectos de pensión y que la empleadora tuvo en cuenta para liquidar las cesantías.” (Subrayas fuera de texto)*

Por otro lado, respecto de la apelación de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS quien manifiesta no estar de acuerdo con la condena impuesta, señalando incongruencia con la pretensión principal, se aclara la misma se impuso de manera subsidiaria sin que se haya incurrido en yerro alguno, en tanto el actor pese a nombrarla como “pretensión subsidiaria” lo cierto es que lo anhelado era que se declarará desde ya su responsabilidad de pago en caso de que la FIDUPREVISORA -condenada de manera principal- no cuente con los recursos económicos para el pago del cálculo actuarial, estudio que no se puede desechar simplemente por un mero formalismo en la interpretación de las pretensiones.

Ahora frente a dicha responsabilidad materia de apelación, ha de señalarse este tema ha sido regulado por el artículo 148 de la Ley 222 de 1995 en los siguientes términos:

***“Artículo 148. ACUMULACION PROCESAL.***

*Cuando simultáneamente con el trámite del concordato y antes de ser aprobado el acuerdo, se adelanten concordatos de otras entidades vinculadas entre sí por su carácter de matrices o subordinadas, o cuyos capitales estén integrados mayoritariamente por las mismas personas, sea que éstas obren directamente o por*

---

*anterior a la Ley 50 de 1990, sustituyo la participación de utilidades y la prima de beneficios que establecía la legislación anterior (art. 306-2, C.S. del T), que evidentemente tenían carácter salarial (art.127 ibídem), razón por la cual tuvo que disponerse, para guardar armonía con el artículo 128 que no era salario y que no se computaría como salario en ningún caso (art. 307) (...).”*



conducto de otras personas jurídicas, de oficio o a solicitud de cualquiera de los acreedores o del deudor, la Superintendencia de Sociedades decretará la acumulación de ellos, mediante el trámite que para la acumulación de procesos establece el Código de Procedimiento Civil.

**PARAGRAFO.** Cuando la situación de concordato o de liquidación obligatoria haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de ésta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en concordato, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquélla. Se **presumirá** que la sociedad se encuentra en esa situación concursal, por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que ésta fue ocasionada por una causa diferente." (Negrillas y subrayas de la Sala).

Se evidencian entonces en la cita normativa anterior dos premisas de vital importancia para la resolución del caso presente; por un lado se consigna la posibilidad de endilgarle responsabilidad subsidiaria a la matriz sobre las obligaciones adquiridas por la empresa subordinada, y de otra parte, se establece la presunción legal de que la situación concursal se ha originado en actuaciones propias del control de la entidad matriz sobre su filial, constituyéndose aquí la fuente normativa de la predicha responsabilidad subsidiaria, frente a la cual dijo la Corte al declarar exequible el parágrafo del transcrito artículo 148 en sentencia C-510 de 1997:

*"La responsabilidad en cuestión tiene un carácter estrictamente económico y está íntimamente relacionada con actuaciones de la matriz, según lo expuesto, luego no puede afirmarse que se imponga gratuitamente a una persona jurídica totalmente ajena a los hechos materia de proceso. Son precisamente las decisiones de la compañía controlante las que repercuten en la disminución o afectación del patrimonio de la subordinada y son también las que, en los términos del precepto, generan su responsabilidad. Además, no se trata de una responsabilidad principal sino subsidiaria, esto es, la sociedad matriz no está obligada al pago de las acreencias sino bajo el supuesto de que él no pueda ser asumido por la subordinada, lo que, unido a la hipótesis legal de que las actuaciones provenientes de aquélla tienen lugar en virtud de la subordinación y en interés de la matriz o de otras subordinadas, apenas busca restablecer el equilibrio entre deudor y acreedores, impidiendo que éstos resulten defraudados. El objeto de la presunción no es la responsabilidad en sí misma sino la situación concursal que da lugar a ella, es decir, la vinculación entre las decisiones de la matriz y el efecto patrimonial causado a la sociedad subordinada. Se trata, entonces, de una presunción **juris tantum**, que puede ser desvirtuada por la matriz o controlante, o por sus vinculadas, demostrando que sus decisiones no han causado la desestabilización económica de la filial o subsidiaria, sino que ésta procede de motivos distintos.*

La presunción *iuris tantum*, legal o provisional<sup>14</sup> está regulada por el artículo 66 del C.C. estableciendo que “Se *permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume*”, valga decir, se trata de una presunción que admite prueba en contrario, la cual está por supuesto a cargo de quien contradice la existencia del supuesto normativo en el caso concreto.

Ahora, la presunción de responsabilidad o lo que ha llamado la doctrina “*responsabilidad presunta*” establecida en el artículo 148 de la Ley 222 de 1995, permite en el caso presente, partir de la base que la situación de concordato o liquidación obligatoria de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, fue causada como consecuencia de la subordinación que la vincula a la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café, por lo que las obligaciones de la sociedad en liquidación obligatoria deben ser asumidas por la sociedad matriz o controlante, salvo que esta se ocupe de desvirtuar a través de los medios probatorios permitidos en la ley su inocencia en el tema de la insolvencia de la sociedad controlada o subordinada, carga probatoria que se encuentra completamente ausente en las diligencias, permitiendo a esta Sala de Decisión, una vez establecida la situación de control, irrogarle la responsabilidad pero subsidiaria por las obligaciones derivadas del asunto de autos.

En consecuencia habrá de confirmarse la decisión de primera instancia en cuanto condenó a la Federación Nacional de Cafeteros, persona jurídica de derecho privado<sup>15</sup>, a cancelar de manera subsidiaria el valor del cálculo actuarial (art. 191 Ley 222 de 1995).

Con relación a la responsabilidad de FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. -la cual pide ésta demandada sea analizada- importa señalar que a través del Contrato de Fiducia Mercantil de Administración y Fuente de Pagos No. 3-1-0138 celebrado el 14 de febrero de 2006 (Archivo “CD FL 910”), la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante constituyó el Patrimonio Autónomo denominado PANFLOTA, cuyo objeto es la administración de tales recursos por parte de ésta sociedad y su destinación al pago de las mesadas pensionales a cargo de la CIFM. Así mismo,

---

<sup>14</sup> Por cuanto no produce certeza absoluta.

<sup>15</sup> Sentencia C-308 de 1994.

los numerales 4 y 16 de la cláusula cuarta, advierten que FIDUPREVISORA debe cancelar oportunamente las obligaciones que afectan el patrimonio autónomo, siempre y cuando cuente con los recursos para cumplir dicho propósito.

En punto a la citas que efectúa de providencias de este Tribunal, debe aclararse al apelante las decisiones proferidas en similares asuntos por otras Salas de Decisión de esta Corporación no resultan aplicables, pues en sentir del órgano de cierre de esta jurisdicción, entre otras en sentencias STL 2416 de 2017 radicado 46128 y SL 4099 de 2019 radicado 59449, se advierte que el llamado precedente horizontal hace referencia a decisiones tomadas por la misma sala de decisión, en cuanto estas sean consistentes y uniformes, de conformidad con lo previsto por el artículo 228 de la Constitución Política.

Así las cosas, resulta claro que FIDUPREVISORA es la llamada inicialmente a realizar el pago del cálculo actuarial, en primer lugar, con cargo a los recursos del Patrimonio Autónomo PANFLOTA, y en el evento que tales dineros se agoten o resulten insuficientes para atender dicha obligación, la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS como responsable subsidiaria deberá proveer las sumas necesarias para que FIDUPREVISORA cumpla con la orden aquí impartida, como lo dispuso el juez de primer grado.

Ahora, frente a la demandada ASESORES EN DERECHO S.A.S., resulta que está en virtud del contrato de Mandato No. 9264-001-2014 actúa únicamente como Mandataria con Representación de PANFLOTA por ende solo tiene como obligación expedir los actos administrativos relacionados con el reconocimiento, la sustitución o cualquier trámite pensional de los trabajadores de la CIFM S.A. liquidada y es en este sentido que se le endilgara la responsabilidad para el presente asunto (Archivo "CD FL 910").

En cuanto a la responsabilidad de la NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, alegada por el promotor del litigio, la Sala advierte ésta se solicitó como una segunda pretensión subsidiaria (*página 7 archivo 1 expediente digital*), en caso de que no se condenará a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. ni a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS al pago del cálculo actuarial, no

obstante como ya se vio la orden impuesta en esta instancia se dio frente a tal sociedad, por ende al salir avantes las peticiones principales, no se puede dar lugar al estudio de la subsidiaria y en todo caso también se demostró la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros frente a las obligaciones pensionales de la entonces Compañía de inversiones Flota Mercante, por lo que de esta manera se encuentra garantizado el pago del cálculo actuarial aquí controvertido, sin que sea necesario entonces, en este asunto, endilgársele responsabilidad al Estado a través de la Nación Ministerio de Hacienda y más cuando la misma Corte Constitucional, en sentencia SU 1023 de 2001, en la cual se ocupó de la garantía de los derechos fundamentales de los pensionados de la compañía de inversiones de la flota mercante, concluyó la improcedencia de aplicar la responsabilidad subsidiaria del Estado en asuntos como el presente, y ante la iliquidez de la entonces empleadora.

Al respecto, señaló esa Corporación:

*“18. En relación con el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, de 15 de febrero de 2001, en el cual, con base en el principio de la responsabilidad subsidiaria del Estado y en el precedente de Ácalis de Colombia, encuentra procedente la vinculación subsidiaria de la Nación en el pago de las obligaciones pensionales a cargo de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, la Corte considera que la regulación vigente y la adopción constitucional de principios económicos como la libertad y la igualdad económicas, circunscribirían la aplicación del mencionado principio a las entidades descentralizadas del Estado (L. 573/00 y Dec. 254/00). Por lo tanto, los fundamentos expuestos para considerar aplicable el principio de la responsabilidad subsidiaria del Estado en el caso de Ácalis de Colombia no parecerían tan claros frente a la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, pero éste es un asunto cuyo examen definitivo corresponde a una instancia diferente.*

*En aquella oportunidad, Rad. 1.133 de 15 de octubre de 1998, con escrito de aclaración de consulta de 4 de febrero de 1999, la Sala de Consulta y Servicio Civil reconoce cuatro supuestos fácticos para emitir su concepto: 1) el capital de Ácalis es totalmente público; 2) la actividad u objeto social es estatal; 3) la naturaleza jurídica es la de una Empresa Industrial y Comercial del Estado de segundo grado o indirecta, y 4) los trabajadores de Ácalis siempre estuvieron afiliados al Instituto de Seguros Sociales. Con base en estos elementos el concepto concluye que, en el caso de Ácalis de Colombia, “el Estado debe responder por las actuaciones y el desempeño de sus organismos y entidades”. Como se observa, existen al menos tres aspectos que permitirían distinguir la situación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante del caso Ácalis de Colombia: la CIFM es una empresa de derecho privado, con capital accionario que no es totalmente público y sus trabajadores no cotizaban para pensiones al ISS. Esta circunstancia impide a la Corte, así sea como mecanismo transitorio, aplicar en este caso el principio de la responsabilidad subsidiaria del Estado.”*

Evacuado lo anterior procede la Sala a estudiar las condenas impuestas a COLPENSIONES en atención a la CONSULTA que se surte en favor de ésta demandada, advirtiendo en primer lugar el promotor del litigio se encuentra pensionado por esta entidad mediante Resolución SUB167860 del 22 de agosto del 2017 (*Archivo 2 expediente digital páginas 426 a 432*), prestación pensional que se reconoció bajo el manto del Decreto 758 de 1990 en virtud del régimen de transición y fue liquidada con el IBL de toda la vida –IBL 2- \$3.314.675 (por ser el más favorable conforme al cuadro de liquidación) y con una tasa de reemplazo del 90% para una mesada de \$2.983.208 a partir del 1° de septiembre del 2017.

De ésta manera y como quiera que se ordenó el pago del cálculo actuarial por el periodo no cotizado por la flota mercante, esto es, del 13 de marzo de 1975 al 30 de octubre de 1978 y del 23 de noviembre de 1979 al 31 de mayo de 1982, tales periodos en efecto deben agregarse a su historia laboral y por ende debe proceder la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES a reliquidar la prestación teniendo en cuenta dichos aportes, conforme así lo señaló la Juez de primer grado.

No obstante, y en cuanto al periodo de vinculación del señor DURAN NIÑO con el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL como CADETE, certificado por ésta entidad del 10 de enero de 1971 al 30 de diciembre de 1973 (*ver Archivo 2 expediente digital páginas 198 a 201*), objeto de apelación por COLPENSIONES se tiene que contrario a lo afirmado por la Juzgadora inicial, si bien en virtud del criterio jurisprudencial señalado por la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL1947 de 2020 es viable tener en cuenta tiempos públicos y privados para el reconocimiento pensional en virtud del Acuerdo 049 de 1990, lo cierto es que en el presente asunto y para los efectos solicitados tal periodo no puede ser incluido por cuanto conforme a los CERTIFICADOS DE INFORMACIÓN LABORAL expedidos por el MINISTERIO DE HACIENDA el actor no devengó ningún salario y tampoco se relacionan aportes para efectos pensionales, de modo que aunque tal tiempo podría haberle servido para constituir las semanas requeridas para obtener la pensión de vejez, pues ello no es lo pretendido en esta Litis en tanto lo que se busca es incrementar el valor de la mesada pensional con semanas que no se encuentran en la historia laboral del

accionante, sin embargo como se mencionada para el periodo en que se vinculó como CADETE ninguna remuneración se encuentra certificada, de modo que no puede dársele orden alguna a COLPENSIONES de tener en cuenta el tiempo de 10 de enero de 1971 al 30 de diciembre de 1973 para la reliquidación ya que ningún efecto práctico se tendría, se itera ante la ausencia de salarios para esa época, sin que ésta circunstancia haya sido puesta en consideración por el demandante dentro del presente litigio, razón por la cual en este punto se revoca la orden impartida por la falladora de primer grado.

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 21 de abril del 2013 fecha en que cumplió los 60 años de edad y ya contaba con las 1000 semanas requeridas, resulta que su última semana reportada y cotizada lo fue para el mes de abril del 2017, conforme se evidencia en la página 730 del expediente digital (Archivo 2) Historia laboral aportada por Colpensiones y actualizada al 25 de junio del 2018, por lo cual resulta procedente el reconocimiento del derecho, a partir del día siguiente a la última cotización pagada, esto es, **1° de mayo del 2017**,

modificándose la decisión de primera instancia en lo atinente a la fecha desde la cual se debe pagar la prestación, en virtud de la consulta que se surte en favor de Colpensiones, como también el valor del retroactivo concretado por la *a quo* que se adeudaría únicamente si no resulta favorable la reliquidación de la prestación pensional, el cual correspondería al periodo del 1° de mayo y hasta el 31 de agosto de 2017, teniendo en cuenta la mesada que fue reconocida al actor equivalente a \$2.983.288, retroactivo que ascendería a \$11.932.832, iterando lo anterior solo en caso de no resultar favorable la reliquidación a la que se condenó.

Precisándose en punto frente a la excepción de prescripción<sup>16</sup>, la misma no afectó los derechos aquí reclamados pues la reclamación del cálculo actuarial, reliquidación y retroactivo de la pensión de vejez se efectuó el 21 de diciembre del 2017 (página 446 Archivo 2 expediente digital) acudiendo a la jurisdicción el 23 de abril del 2018 (página 522 Archivo 2 expediente digital) y notificándose a COLPENSIONES del auto admisorio de la demanda de fecha 12 de junio del 2018 (página 524 archivo 2 expediente digital) el 21 de junio del 2018 (página 532 archivo 2 expediente digital), esto es, dentro del año de que trata el artículo 94 del C.G.P.

En otra dirección solicitó el apoderado del demandante se condene al pago de los **intereses moratorios** del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por la reliquidación pensional y el retroactivo generado. En este sentido ha de recordarse la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tenía sentada la improcedencia de los intereses de mora en tratándose de reliquidación o ajustes a la mesada pensional, sin embargo, en la sentencia SL 3130 de 2020 se modificó tal postura, estableciendo su procedencia frente a las reliquidaciones pensionales, así:

*“Como conclusión, la Corte encuentra suficientes razones para modificar su jurisprudencia hasta ahora vigente, y sostener que la correcta interpretación del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 permite inferir que **los intereses moratorios allí consagrados proceden tanto por la falta de pago total de la mesada como por la falta de pago de alguno de sus saldos o ante reajustes ordenados judicialmente** (Negrilla fuera del texto original)”.*

Una vez determinado el cambio jurisprudencial, la Corte precisó que el pago de los intereses de mora en materia pensional se realiza a título indemnizatorio y no a

---

<sup>16</sup> Propuesta por Colpensiones en su contestación (página 724 Archivo 2 expediente digital)

partir de la conducta asumida por la entidad; así mismo estableció, los intereses solo proceden respecto a la suma objeto de reliquidación. Así lo señaló la Corporación:

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

***En segundo lugar, que los intereses moratorios sobre saldos o reajustes de la pensión deben liquidarse respecto de las sumas debidas y no pagadas, pero no teniendo como referente la totalidad de la mesada pensional.** En este punto es claro el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 en cuanto dispone que la respectiva entidad debe pagar «la obligación a su cargo», que en este caso es el saldo debido, y «sobre el importe de ella», ese decir ese saldo, «la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento que se efectúe el pago».*

Con base en el citado cambio jurisprudencial, la Sala condenará al pago de los intereses moratorios sobre las mesadas causadas desde el 1° de mayo y hasta el 31 de agosto de 2017 y por las diferencias resultantes entre las mesadas que realmente le corresponden al demandante y las canceladas a partir del 1° de septiembre del 2017, anotando igualmente, que habiéndose presentado la reclamación el 21 de diciembre del 2017 (Archivo 2 expediente digital página 446) la demandada Colpensiones contaba con el término de cuatro meses para proceder a ello, razón por la que, dichos intereses deberán ser pagados por la citada accionada a partir del **22 de abril del 2018**, sobre el valor de las mesadas y diferencias de mesadas pensionales causadas desde 1° de mayo del 2017, revocándose por ende la condena por indexación.

Igualmente se precisa, la Sala no se pronunciará sobre los argumentos de Colpensiones en este aspecto como quiera que no se encontraba legitimado para su impugnación, en tanto frente a dicha petición no se impartió condena en primera instancia.

Finalmente, respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte del DEMANDANTE, FIDUPREVISORA S.A. y FEDERACIÓN NACIONAL DE



CAFETEROS, 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 estas demandadas, lo atinente a derecho es que sean condenadas en costas, iterando, la única valoración a tener en cuenta en este aspecto, es las results del proceso, sin que el valor impuesto por la a quo pueda ser definido en esta instancia, pues ello se debe alegar en la etapa procesal correspondiente conforme lo indica el artículo 366 del C.G.P., por lo que se confirmará la condena impuesta a FIDUPREVISORA S.A. y a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS y se revoca la absolución de COLPENSIONES para en su lugar condenarla en costas.

En los términos que anteceden, agotándose de esta manera la competencia de la Sala, por el estudio de los aspectos que motivaron la alzada, se procede a confirmar la sentencia de primer grado, modificándola en los puntos anteriormente expuestos.

**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: PRECISAR** el numeral **SEGUNDO** de la decisión de la a quo en cuanto a que el salario base de liquidación del cálculo actuarial no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente para 1978 y 1982 (*últimos años en que el actor laboró y hasta donde existió la omisión en el pago de aportes pensionales*), ni superior a 20 veces dicho salario, tal como lo establece el

Decreto 1887 de 1994, inciso 1° del artículo 4, e igualmente deberá tener en cuenta las tablas de cotización de aportes establecidas por el ISS para la época, en aras de que no se vulneren los toques mínimos ni máximos asegurables.

**SEGUNDO: MODIFICAR** el numeral **SEXTO** de la sentencia de primer grado en el sentido de señalar que COLPENSIONES debe reconocer y pagar la pensión del demandante a partir del **1° de mayo del 2017**, conforme se expuso.

**TERCERO: REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral **SEPTIMO** del fallo apelado y consultado en cuanto a que COLPENSIONES deberá efectuar la reliquidación de la pensión únicamente incluyendo los tiempos servidos para la FLOTA MERCANTE GRAN COLOMBIANA desde el 13 de marzo de 1975 al 30 de octubre de 1978, con 45 días de licencias y sanciones, y desde el 23 de noviembre de 1979 al 31 de mayo de 1982, con 55 días de licencias, conforme a lo considerado.

Igualmente se precisa en caso de existir una diferencia con la suma reconocida en el acto administrativo SUB 167860 del 22 de agosto de 2017, COLPENSIONES debe proceder a su pago desde el 1° de mayo de 2017, advirtiendo que deberá pagar la mesada completa de mayo a agosto de esa anualidad, y las diferencias desde septiembre de 2017; y en caso de no existir una mesada superior a la ya reconocida, solo deberá pagar el retroactivo generado desde el 1° de mayo y hasta el 30 de agosto de 2017, teniendo en cuenta la mesada que fue reconocida al actor equivalente a \$2.983.288, por lo tanto, el retroactivo ascendería a \$11.932.832.

Se **REVOCA** la condena por INDEXACIÓN y en su lugar se ordena a COLPENSIONES a reconocer y pagar al actor los **INTERESES MORATORIOS** a partir del **22 de abril del 2018**, sobre el valor de las mesadas y diferencias de mesadas pensionales causadas desde 1° de mayo del 2017 hasta la data efectiva de inclusión en nómina.

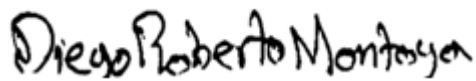
EXP. No. 24 2018 00225 01 WILLIAM JOSE DURAN NIÑO CONTRA ASESORES EN DERECHO S.A.S. en su calidad de mandataria con representación del Patrimonio Autónomo "PANFLOTA", la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA como administradora del Fondo Nacional del Café, la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo de Pensiones "PANFLOTA" y la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

**CUARTO: REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral **NOVENO** de la sentencia de primer grado, únicamente en cuanto a que se CONDENA a COLPENSIONES al pago de las COSTAS del proceso.

**QUINTO: CONFIRMAR** en lo demás el fallo proferido en primera instancia.

**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.**

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUZ DARY QUINTERO  
CONTRA FABIO JOSÉ OLARTE PINILLA (RAD. 24 2019 00572 01).**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado a las partes para alegar de conclusión, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, con fundamento en el artículo 13 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 ocasión del recurso de apelación interpuesto por el demandado FABIO JOSÉ OLARTE PINILLA contra la sentencia proferida por el Juez Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 16 de febrero de 2022 (Exp. Digital: «09 ACTA AUD 16-02-2022 - 201900572.pdf», «08 CD FOL 89 AUDIENCIA 16-02-2022.mp4», récord 42:52), en la que se resolvió:

*«**DECLARAR** que entre la demandante, la señora **LUZ DARY QUINTERO** y el señor **FABIO JOSÉ OLARTE PINILLA**, existió un contrato de trabajo vigente entre el 19 febrero del 2004 al 15 de marzo del 2019, en virtud del cual desempeño el cargo de Asesora Comercial devengando como remuneración la suma de un salario mínimo legal mensual vigente siempre y de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.*

***SEGUNDO: CONDENAR** a al demandado señor **FABIO JOSÉ OLARTE PINILLA** a reconocer y pagar a favor de la demandante, señora **LUZ DARY QUINTERO** las siguientes sumas y conceptos:*

- La suma de **NUEVE MILLONES SETECIENTOS CUARENTA MIL NOVECIENTOS SESENTA Y TRES PESOS MCTE** (\$9.740. 963.00), por concepto de cesantías, por todo el tiempo laborado.*
- La suma de **DOSCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y TRES PESOS MCTE** (\$249.343.00), por concepto de intereses a las cesantías por los periodos laborados y no prescritos.*

• La suma de a **DOS MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS CINCUENTA PESOS** (\$2.385.650.00), por concepto de prima de servicios, por los periodos laborados y no prescritos.

• La suma de **UN MILLÓN OCHENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS CINCUENTA PESOS** (\$1.085.250.00), por concepto de vacaciones por los periodos laborados y no prescritos.

**TERCERO. - CONDENAR** al demandado señor **FABIO JOSÉ OLARTE PINILLA** a reconocer y pagar a favor de la demandante, señora **LUZ DARY QUINTERO**, a través de cálculo actuarial los aportes a pensión correspondientes al periodo comprendido entre el 19 de febrero de 2004 al 15 de marzo de 2019, que deberán ser consignados al fondo de pensiones que indique la demandante esté afiliada o, en su defecto, a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, tomando como IBC, la suma de **SEISCIENTOS CUARENTA MIL PESOS** (\$640.000.00) para el año 2008, **UN MILLÓN CINCUENTA MIL PESOS MCTE** (\$1.050.000.00) para el año 2018 y para el resto de los años en los que prestó sus servicios, el **salario mínimo mensual legal vigente**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

**CUARTO: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE** la excepción de prescripción propuesta por el demandado y no probados los hechos sustentos de los demás medios exceptivos, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva.

**QUINTO: ABSOLVER** al demandado señor **FABIO JOSÉ OLARTE PINILLA** de las demás pretensiones incoadas en su contra, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

**SEXTO: CONDENAR EN COSTAS** al señor **FABIO JOSÉ OLARTE PINILLA**. Liquidense por secretaría, incluyendo en ellas la suma de **MILLON QUINIENTOS MIL PESOS** (\$1.500.000) como valor en que se estiman las agencias en derecho».

Inconforme con la decisión, el demandado la apeló de manera parcial, solicitando se modifique el numeral primero.

Con ese propósito indica, la señora Luz Dary Quintero, conocía que donde había prestado los servicios, no correspondían al señor Fabio José Olarte Pinilla, haciendo notar que la actora muy puntualmente mencionó que fue a partir de diciembre de 2016 al 15 de marzo de 2019, que prestó sus servicios para la óptica Falen's, de propiedad del señor José Olarte Pinilla. Que si bien, en los argumentos de la sentencia se indica que la óptica MEGAVISION, según el Registro Mercantil, tiene registro de matrícula abierta a partir del año 2016, también, era cierto los testigos Juan Carlos Torres Gil y Juan Alonso Rodríguez, que precisa no son testigos de la prestación del servicio, al no haber laborado con la señora Luz Dary Quintero, cuando se les indagó, cómo se llamaba el lugar donde ésta prestaba los servicios, el señor Juan Carlos Torres Gil manifestó que aproximadamente para los años 2004, 2005, 2006, cuando prestaba su servicio militar, lo hizo para la óptica MEGAVISION; así mismo, el señor Jorge Alonso Rodríguez Chaparro, quien afirma ser compadre de la señora Luz Dary Quintero manifiesta que él la recogía en el sitio que identificaba como MEGAVISION.

De otra parte, señaló, si bien se observan unas certificaciones laborales dentro del expediente, las mismas tuvieron sus reparos por el aquí el demandado, tanto en la contestación de la demanda, como en el interrogatorio de parte, donde manifestó haber sido un favor que le hizo a la señora Luz Dary Quintero, pues lo necesitaba para trámites personales. En esa medida, solicitó que, de prosperar la alzada, se modifique el numeral tercero de la sentencia relacionado con la condena por concepto de cálculo actuarial<sup>1</sup> (Récord 46:22 «08 CD FOL 89 AUDIENCIA 16-02-2022.mp4»).

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 LUZ DARY QUINTERO en este ordinario, las pretensiones relacionadas en la demanda vistas a páginas 24 a 32 del archivo «01 EXPEDIENTE.pdf», las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados a páginas 20 a 24, aspirando se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo, desde el 19 de febrero del 2004 hasta el 15 de marzo de 2019. En consecuencia, se condene al demandado a reconocer y pagar a su favor las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, sanción moratoria del art. 65 del CST, el subsidio familiar, la sanción a que se refiere el numeral 3° del artículo 99 de la ley 50 de 1990, más el cálculo actuarial ante un**

---

<sup>1</sup> «Gracias su señoría, estando en la oportunidad pertinente, me permito interponer recurso de apelación parcial respecto de la sentencia que acaba de proferir, especialmente, en el numeral primero del resuelve de la decisión. Sra. Juez, Señores magistrados sustento el recurso de apelación, teniendo pues a consideración los siguientes argumentos. Es de anotar señores magistrados, que para la señora Luz Dary Quintero, conocía que donde había prestado los servicios, no correspondían al señor Fabio José Olarte Pinilla, teniendo pues a consideración la misma reacción de los hechos, nótese que ella muy puntualmente menciona que fue a partir de diciembre de 2016 al 15 de marzo de 2019, que prestó sus servicios para la óptica Falen's que es de propiedad del señor José Olarte Pinilla. Si bien es cierto en los argumentos de la sentencia la señora Juez manifiesta que la óptica MEGAVISION, según el Registro Mercantil, tiene registro de matrícula abierta a partir del año 2016, es de notar y por esta apoderada, que si bien es cierto los señores Juan Carlos Torres Gil y Juan Alonso Rodríguez no son testigos de la prestación del servicio, dado pues que nunca laboraron con la señora Luz Dary Quintero, cuando esta apoderada les pregunta o les indaga, que cómo se llamaba el lugar donde prestaba los servicios la señora Luz Dary Quintero, el señor Juan Carlos Torres Gil manifiesta que para el año 2004, aproximadamente 2004, 2005, 2006, cuando prestaba su servicio militar la señora Luz Dary Quintero prestaba su servicio para la óptica MEGAVISION; así mismo, el señor Jorge Alonso Rodríguez Chaparro, quien afirma es compadre de la señora Luz Dary Quintero manifiesta que él la recogía, cuando se le indaga en donde, en qué dirección la recogía, dice que el sitio en donde la recogía se identificaba como MEGAVISION, es decir, porqué estos testigos señores magistrados, manifiestan que para los años 2004 y subsiguientes la señora Luz Dary prestaba sus servicios en MEGAVISION, materialmente ellos prestaron el servicio para otra persona, otro empleador, distinto al señor Fabio José Olarte Pinilla.

Si bien es cierto se observan unas certificaciones laborales dentro del expediente, las mismas tuvieron sus reparos por el aquí el demandante, tanto en la contestación de la demanda, como en el interrogatorio de parte, el señor Fabio José Olarte manifiesta que fue un favor que le hizo a la señora Luz Dary Quintero, dado que, pues lo necesitaba, se lo solicita dado que ella lo necesitaba pues para trámites personales. Y es por ello, mi interrogante del por qué estos testigos manifiestan que la señora Luz Dary Quintero, presto sus servicios para la óptica MEGAVISION, si bien es cierto como lo manifiesta la señora Juez, el Registro Mercantil de Falen's data mucho antes, es decir, es obvio que, como se puede observar en los hechos de la demanda, la señora Luz Dary Quintero sólo presto sus servicios para el aquí demandado a partir de diciembre de 2016 hasta el 15 de marzo del 2019. Es así que dejo presentado el recurso de apelación de manera parcial sobre numeral primero y en caso que prospere este numeral, pues se modifique el numeral tercero respecto de los cálculos por prestación de la seguridad social en pensión ARL y Salud. Muchas gracias señora Juez».

fondo de pensiones. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, por cuanto se declaró la existencia de un contrato de trabajo con el señor FABIO JOSÉ OLARTE PINILLA entre 19 de febrero del 2004 y el 15 de marzo de 2019. Se condenó a este último a pagar a la demandante las acreencias laborales causadas a su favor, incluyendo los aportes a pensión a través de un cálculo actuarial. Lo anterior, tras considerar que, con las pruebas recaudadas, interrogatorio de parte, testimonios y en especial las documentales relacionadas con dos certificaciones expedidas por el demandado donde certificó que la actora trabajó como asesora de ventas desde el 19 de febrero de 2004, de tal modo, que se encontraba probada la prestación personal del servicio de la actora a favor de la convocada a juicio, por lo que en aplicación de la presunción contenida en el artículo 24 del C.S.T., la que no encontró desvirtuada, concluyendo así, que la relación que ató a las partes tenía carácter laboral.

Respecto al extremo inicial, precisó no se desvirtuó, pues contrario a lo esgrimido por el demandado, de acuerdo con la matrícula mercantil del establecimiento de Comercio MEGAVISIÓN fue constituido el 29 de abril de 2015 y su matrícula fue cancelada 30 noviembre 2016, con lo cual concluyó, resultaba absolutamente imposible que la señora Luz Dary Quintero estuviese prestando sus servicios para el mencionado establecimiento en el año 2004, pues legalmente no se encontraba constituido sino que su Constitución solo vino a darse en el año 2015, aunado a que del contenido de la matrícula mercantil de la señora Claudia Patricia tampoco se lograba acreditar que esta haya sido propietaria del establecimiento de Comercio MEGAVISIÓN; por el contrario, del certificado de matrícula mercantil del convocado al juicio, se evidenciaba que el establecimiento de Comercio de su propiedad Centro Óptico Falen's se encontraba constituido desde el 27 de enero de 1997.

Establecido lo anterior se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto 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 appellatum*).

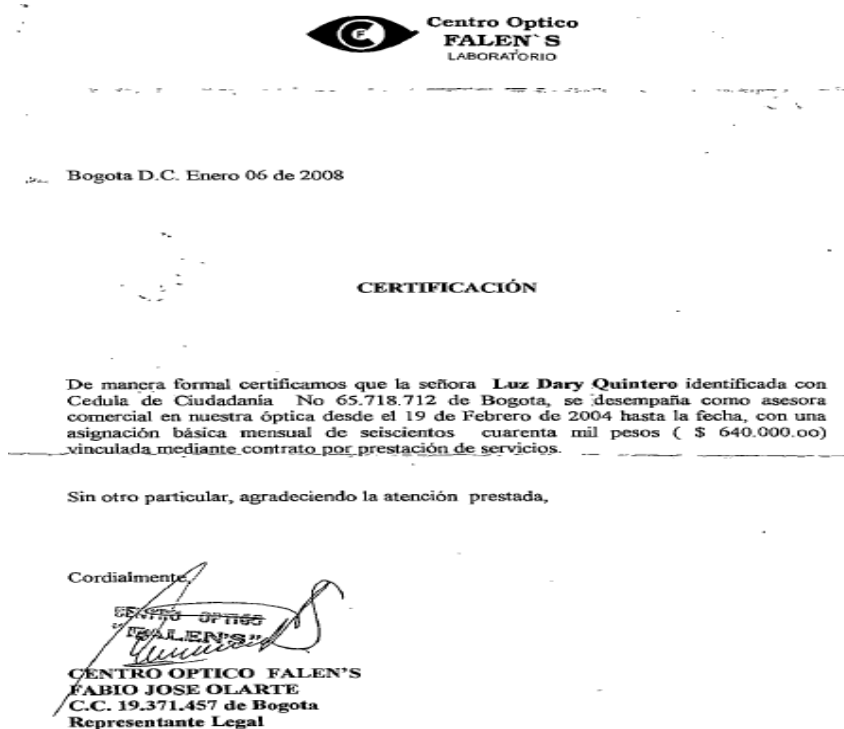
Atendiendo tales precisiones, y considerando la forma en que se sustentó la alzada, no es objeto de discusión en esta instancia la relación de trabajo que existió entre la demandante y FABIO JOSÉ OLARTE PINILLA, por lo menos, entre el mes de diciembre de 2016 y el 15 de marzo de 2019. Descartándose en esas

circunstancias, cualquier debate sobre la prestación personal del servicio de la actora en favor del demandado, pues fue una conclusión a la que arribó el juez de primer grado no impugnada por las partes.

Ahora bien, la inconformidad del accionado versa sobre el extremo inicial fijado por la *a quo* en el vínculo señalado, ya que, para la recurrente, en el plenario está acreditado que el contrato apenas inicial en diciembre del año 2016, no desde el mes de febrero del año 2004 como se concluyó en la instancia.

Sobre el asunto, se asevera por parte de la accionada que la demandante en su escrito introductor precisa que comenzó a laborar en el establecimiento de comercio Centro Óptico Falen's a partir del mes de diciembre de 2016 y que los años anteriores prestó sus servicios para un establecimiento distinto, MEGAVISIÓN, según la prueba testimonial e incluso, que se desvirtuaron las certificaciones expedidas por accionado indicativas de la prestación del servicio desde el año 2004, por lo que a efectos de corroborar si la parte demandada cumplió con esa carga probatoria, aborda la Sala el estudio de los medios de convicción aportados al plenario.

En ese orden, se encuentra, al expediente se incorporaron certificaciones laborales suscritas por FABIO JOSÉ OLARTE como representante legal de Centro Óptico Falen's, expedidas el 6 de enero de 2018 (pág. 12 archivo «01 EXPEDIENTE.pdf») y el 04 de diciembre de 2018 (pág. 14, ibidem), en los siguientes términos:







La señora **LUZDARY QUINTERO**, identificada con cedula de ciudadanía No **65.718.712**, de **Líbano Tolima**. Labora como Asesora en Ventas, desde el 19 de Febrero 2004 hasta la presente, con un ingreso salarial de \$ **1.050.000** Pesos Moneda Corriente, con un contrato por prestación de servicios, doy fe que es una persona honesta, responsable y cumplidora de su deber. Por tal razón la recomiendo para realizar con ella cualquier tipo de vínculo.

Se expide a solicitud del interesado a los 04 Días del mes de Diciembre del año 2018.

Atentamente,



**FABIO JOSE OLARTE PINILLA**  
NIT: 19371457-2  
Cel. 3158174960

Cómo puede verse en ambos casos, se determina con claridad que la prestación de los servicios de la demandante para el señor Olarte Pinilla, inició desde el 19 de febrero de 2004; de ahí que inicialmente, deba admitirse inicialmente como probada tanto la prestación del servicio como su fecha de inicio. Sobre la fuerza probatoria de este tipo de documentos, de manera pacífica se viene sosteniendo por la jurisprudencia laboral, al menos, desde la sentencia CSJ SL, 8 marzo 1996, radicación 8360, reiterada entre otras en la CSJ SL, 30 abril 2013, radicación 38666, que:

*«El juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, ya sea, como en este caso, sobre el*

*tiempo de servicios y el salario, o sobre otro tema, pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial o que el juez cohoneste este tipo de conductas eventualmente fraudulentas. Por esa razón, **la carga de probar en contra de lo que certifique el propio empleador corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no deje sombra de duda**, de manera que, para destruir el hecho admitido documentalmente, el juez debiera acentuar el rigor de su juicio valorativo de la prueba en contrario y **no atenerse a la referencia genérica que haga cualquier testigo sobre constancias falsas de tiempo de servicios y salario o sobre cualquier otro tema de la relación laboral**». (Resaltado ajeno al texto original).*

En ese sentido, para desvirtuar tales certificaciones, señala la recurrente que hubo oposición tanto en la contestación de la demanda como en el interrogatorio de parte absuelto por el demandado, sin embargo, de tales instrumentos no es posible derruir la información que allí reposa, especialmente en el punto que nos convoca, como es el extremo inicial de la relación laboral declarada en primera instancia, e incluso, pese a que no fue objeto de alzada en estricto sentido, es preciso indicar la presunción de que tal prestación personal del servicio certificada en dichos documentos, al tenor de lo previsto en el artículo 24 del CST, abrió la posibilidad de presumir, que lo fue a través de un contrato de trabajo.

En efecto, verificado el interrogatorio de parte rendido por el señor Olarte Pinilla en lo que interesa a esta instancia, manifestó que para el año 2004 a la señora Luz Dary Quintero «se le contrató en una óptica que se llamaba MEGAVISIÓN», pero la óptica no era suya, sino de la señora Claudia Patricia Olarte Pinilla, su hermana, no obstante, admitió haber sido él quien verbalmente le indicó a la hoy demandante que trabajará en ese lugar, pues alguien le «recomendó a Luz Dary y yo le dije a mi hermana Patricia [...] hay tal persona y me dijo contrátela, pero no la contraté yo, sino **prácticamente** fue Claudia Patricia», pero tal circunstancia no se la indicó a la actora. Con relación a las referidas certificaciones, que le fueron puestas de presente en la diligencia, admitió haberlas firmado pues «Luz Dary pedía favores [...] en ningún momento me dijo para qué era esa certificación, yo supuse que era de pronto para un préstamo o algo [...] de pronto puede ser para el colegio», sin embargo, no supo contestar el interrogante de porqué colocaba en esas certificaciones que la demandante prestaba servicios desde el día 19 del mes de febrero 2004 hasta la fecha en que se expidieron. De otro lado, admitió respecto de la óptica MEGAVISIÓN que por el hecho de que su hermana siempre ha estado enferma, «es como si yo se lo hubiera administrado la óptica» y que una vez se acabó la óptica, por no dejar a la señora Luz Dary sin trabajo, la llevó a trabajar a su Centro Óptico en el año 2016.

En el interrogatorio de LUZ DARY QUINTERO no hubo confesión respecto de las fechas o extremos de la relación laboral, toda vez que se ratificó en la fecha señalada en la demanda, febrero de 2004.

De otro lado, aunque se recibieron los testimonios de JORGE ALONSO RODRÍGUEZ CHAPARRO y JUAN CARLOS TORRES GIL en realidad nada les consta directamente sobre el vínculo laboral que ató a la demandante con Fabio JOSÉ OLARTE PINILLA. El primero, adujo conocer a Luz Dary Quintero por ser compadres, y al señor OLARTE, porque ella se lo presentó como jefe, lo cual sabe porque iba de visita muy esporádicamente a veces en horas de la mañana, otras en horas de la tarde cuando la esperaba para acercarla a su casa, porque ella salía a las 07:00 de la noche, momento en que llegaba el señor Fabio a recibirle las cuentas de lo realizado durante el día. Explicó, tener conocimiento de todo lo dicho, por así comentárselo la señora Luz Dary, pero en todo caso, esas visitas que él hacía de manera esporádica, se presentaron desde hace aproximadamente unos 20 años, desde cuando le consta que ella trabajaba allá en esa óptica, inicialmente, en la llamada MEGAVISIÓN, porque también laboró en otras. En general, no conoce ningún detalle de la relación laboral o las condiciones en que se pactó la misma, pues ello lo sabe por los comentarios que le hizo la propia demandante.

En el mismo sentido JUAN CARLOS TORRES GIL, aseguró ser amigo de la demandante y haberla conocido trabajando para el demandado desde el año 2004 en la óptica MEGAVISIÓN, cuando estaba prestando el servicio militar en la Policía Nacional en ese sector, haciéndose amigos, lo cual sabe porque era lo que sabía en ese momento, lo conocía como el dueño de la óptica, así se lo presentó la señora Luz Dary y que después trabajó en otra óptica del señor Fabio, conocimiento que tenía porque así se lo contaba la demandante con la cual tiene muy buena confianza.

Analizados en su integridad los medios de prueba reseñados en precedencia, incluyendo el Certificado de Existencia y Representación Legal obrante a página 91 del archivo «01 EXPEDIENTE», para la Sala el contrato de trabajo entre las partes, en efecto inició en el mes de febrero del año 2004 como lo dedujo la juez de primera instancia, pues es lo que se desprende de lo indicado en las certificaciones y del conocimiento directo que puede extraerse de lo dicho por los testigos, es decir, del sitio de trabajo de la actora, donde inició sus labores, esto es, en el establecimiento

de comercio MEGAVISIÓN para esa anualidad, data que también precisa el accionado en su interrogatorio de parte, donde acepta, fue él quien en desarrollo de funciones de administrador del mismo le indicó que allí iba a prestar sus funciones, empero también arguye éste era de propiedad de una hermana, lo cual, de acuerdo al mencionado Certificado de Existencia y Representación Legal, dicho establecimiento, sólo se registró y/o matriculó hasta el 29 de abril de 2015 y se canceló el 30 de noviembre de 2016 (pág. 91), por tanto, de tal documento no es posible dilucidar que desde el mes de febrero la prestación del servicio haya sido en el mismo, pues no existía, lo que sí ocurre con el establecimiento de comercio Centro Óptico Falen's, cuyo registro data del 27 de enero de 1997 (pág., 86).

De este modo, no le asiste razón a la recurrente al señalar, que por el hecho de haberse indicado que las labores se iniciaron en un establecimiento de comercio distinto al Centro Óptico Falen's, esto es, MEGAVISIÓN, se deba descartar como extremo inicial de la relación laboral desde de 19 de febrero de 2004, pues fue el mismo demandado quien admitió esa fecha y no pudo desvirtuar el contenido de las mencionadas certificaciones, contrario sensu, en el interrogatorio se confesó el hecho de haberla contratado y disponer que sus servicios los prestara en ese establecimiento comercial, incluso, sin haberle mencionado a la actora en esa época que otro era su verdadero empleador, es decir, su hermana, empero de tal circunstancia, como se pudo ver, a los autos no se aportaron elementos de prueba, de ahí que se imponga la confirmación de la decisión de primera instancia.

Del mismo modo, atendiendo las resultas de la alzada propuesta por el encartado, y por sustracción de materia la Sala se releva de analizar los demás argumentos de apelación presentados por FABIO JOSÉ OLARTE PINILLA con relación a la condena por concepto de cálculo actuarial.

Agotada como se encuentra la competencia de esta instancia por el estudio de los puntos objeto de apelación, lo que sigue es la confirmación de la sentencia de primera instancia, conforme a lo motivado.

**SIN COSTAS** en esta instancia.

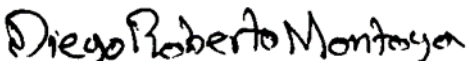
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

  
**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

  
**ELBIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA**

  
**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

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

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIA DEL SOCORRO  
VICTORIA CARDENAS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE  
PENSIONES -COLPENSIONES- y PORVENIR S.A. (RAD. 24 2020 00334 01)**

Bogotá D.C. veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado a las partes para alegar de conclusión, 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 24 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 13 de junio del 2022 (*Audiencia virtual, archivo 15 expediente digital Record: 1:03:42*), en la que se resolvió:

**“PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación de la señora MARÍA DEL SOCORRO VICTORIA CÁRDENAS al RAIS a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., el 23 de marzo del 2000, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo.

**SEGUNDO: DECLARAR** que para todos los efectos legales la señora MARÍA DEL SOCORRO VICTORIA CÁRDENAS nunca se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad, contrario a ello, siempre estuvo en el régimen de prima media con prestación definida.

**TERCERO: ORDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la afiliación de la señora MARÍA DEL SOCORRO VICTORIA CÁRDENAS como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, es decir lo que tenga el demandante en la actualidad en su

*cuenta de ahorro individual o al momento de realizarse el traslado, junto con los gastos de administración, conforme a la parte motiva de esta sentencia.*

**CUARTO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- a recibir a la señora MARÍA DEL SOCORRO VICTORIA CÁRDENAS, como su afiliada, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba los dineros que le ha de trasladar la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

**QUINTO: DECLARAR** no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas por la pasiva.

**SEXTO: SIN CONDENA** en COSTAS.

**SEPTIMO:** *En el evento en que COLPENSIONES no interponga recurso de apelación contra la presente sentencia remítase el expediente a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de Consulta conforme al artículo 69 del C.P.L y S.S. ”*

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

Así, en primer lugar, PORVENIR, indica que si bien es cierto la existencia un precedente jurisprudencial bastante amplio y pacífico en materia del deber de información, la misma Corte ha indicado que se deben estudiar estas particularidades concretas que rodearon tal acto dentro del régimen pensional que se reputa como ineficaz, precisando en este caso existen elementos de juicio objetivos en el expediente para tener como válidamente afiliada a la demandante a la AFP PORVENIR, concretamente para marzo del año 2000, pues se dio cumplimiento con ese deber de información que estaba vigente para dicha anualidad, entregándole a través de los funcionarios comerciales de la AFP PORVENIR una información necesaria, clara y suficiente sobre las características del régimen de ahorro individual.

Indica que si bien la actora no recuerda las condiciones en que se dio ese traslado, tampoco puede afirmarse que PORVENIR faltó a ese deber legal que le asistía como administradora, máxime cuando el formulario de afiliación denota que la demandante tuvo la oportunidad de conocer tan siquiera esa característica respecto de la heredabilidad de la pensión a través de los beneficiarios que fueron suscritos en este documento, precisando para dicha anualidad año 2000, únicamente se suscribía este tipo de documento -formulario de vinculación- .

Expresa que posteriormente la accionante suscribió un formulario al Fondo de Pensiones Voluntarias para el año 2004, oportunidad en la que nuevamente

accedió a un servicio privativo de este régimen pensional, por lo cual, pues se ha beneficiado y ha tenido acceso a información relevante respecto de las condiciones de su pensión, aunado a que también PORVENIR le entregó una comunicación oportuna respecto de esa prohibición legal de regreso en la cual se podría encontrar inmersa.

Por otro lado, manifiesta apartarse de la condena a devolver conjuntamente los gastos de administración, junto con las sumas de seguros previsionales, gastos de administración y rendimientos, como quiera que la figura jurídica de la ineficacia se está desbordando en el entendido de que si bien las cosas se han de retrotraer a su estado inicial, la demandante no podía haberse beneficiado de una serie de rendimientos financieros que son característica del régimen de ahorro individual con solidaridad, y más cuando son sumas descontadas por mandato legal contenidas en el artículo 20 la Ley 100 de 1993, precisando en ningún momento, se descontaron de manera caprichosa, adquiriendo la actora una serie de seguros previsionales que ampararon la prestación durante estos años frente a las contingencias de la invalidez y la muerte.

Señala que la Superintendencia Financiera ha analizado y ha indicado que se debe hacer este tipo de traslado al tenor de lo establecido en el artículo 7.º del Decreto 3995 del año 2008, disposición normativa que ha contemplado las restituciones mutuas que se van a realizar cuando se ordene un traslado de recursos al tenor de la figura jurídica de la ineficacia o la nulidad de un traslado de régimen pensional. *(Audio archivo 15 expediente digital, record: 1:05:43)*<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Gracias su Señoría. Estando dentro de esta oportunidad, respetuosamente presento recurso de apelación en contra de la sentencia de instancia solicitando la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá revoque las condenas impuestas en contra de mi representada, fundamentándose en las siguientes consideraciones: honorables magistrados si bien es cierto la existencia un precedente jurisprudencial bastante amplio y pacífico en materia del deber de información, la misma Corte ha indicado que se deben estudiar estas particularidades concretas que rodearon dentro del régimen pensional que se reputa como ineficaz. En mi caso objeto de estudio, considera mi representada, pues, que existen elementos de juicio objetivos en el expediente para tener como válidamente afiliada a la señora demandante a la AFP PORVENIR, concretamente para marzo del año 2000. Recordando pues, como se dijo dentro de los alegatos de conclusión este deber de información ha tenido un desarrollo tanto jurisprudencial como normativo que hoy en día lo hacen mucho más exigente, pero esta situación no podía ser prevista o previsible por parte de PORVENIR para el año 2000. En consecuencia, pues se dio cumplimiento con ese deber de información que estaba vigente para dicha anualidad, entregándole a la señora demandante a través de sus funcionarios comerciales de la AFP PORVENIR una información necesaria, clara y suficiente sobre características del régimen de ahorro individual en el caso objeto de estudio, pues se considera que no hay confusión. Lo cierto es que, pues la señora demandante no recuerda esas condiciones, las cuales se dio traslado al régimen pensional, situación por lo cual, pues tampoco puede afirmarse que PORVENIR faltó a ese deber legal que le asistía como Administradora De Fondo De Pensión. En consecuencia, pues considera mi representada que protocolariamente si se le entregó esa información, los asesores comerciales de la AFP PORVENIR estaban totalmente capacitados para brindar la asesoría a estos posibles o potenciales afiliados antes de suscribir formulario de vinculación y en el mismo documento se denota que la señora demandante tuvo la oportunidad de conocer tan siquiera esa característica respecto de la heredabilidad de la pensión a través de los



A su turno, COLPENSIONES expresa que de las situaciones particulares de este proceso, debieron valorarse en circunstancias precisas manifestadas en el interrogatorio de parte, como lo son la existencia de una comunicación entregada por parte de PORVENIR a la demandante previo a que se cumplan los diez años para que se encontrara imposibilitada legalmente para trasladarse, de igual manera, la existencia de los aportes voluntarios, situaciones que en su sentir claramente logran establecer que la afiliación de la demandante a PORVENIR cumplió con todos los requisitos que para ese momento eran exigidos al fondo y en tal razón la misma y debe considerarse válida. *(Audio archivo 15 expediente digital, record: 1:11:10)*<sup>2</sup>

---

beneficiarios que fueron suscritos en este documento. De igual manera, probatoriamente, si bien porvenir se encuentra en una desventaja como quiera que pues para dicha anualidad año 2000, únicamente se suscribía este tipo de documento, formulario de vinculación, más adelante la señora demandante pues suscribió un formulario al Fondo de Pensiones Voluntarias de mi representada para el año 2004, oportunidad en la que nuevamente accedí a un servicio privativo este régimen pensional, por lo cual pues se ha beneficiado y ha tenido acceso a información relevante respecto de las condiciones de su pensión, máxime cuando también PORVENIR le entrego una comunicación oportuna respecto de esa prohibición legal de regreso en la cual se podría encontrar inmersa. Ahí también, pues se indica por el despacho que es una dirección errada, situación que no se probó al interior del proceso. Como quiera que la dirección que se incluyó en este documento de la señora demandante manifiesta que fue un terreno el cual tuvo en alguna oportunidad de su propiedad. En ningún momento, pues se manifestó que fue una dirección errada o que no la conociera. Este apoderado, pues también increpó sobre si conocía o tenía relación con esta dirección, a lo que la señora demandante manifestó que sí. En consecuencia, pues PORVENIR sí, entregó esa información oportunamente a la dirección que mi representada tenían sus bases de datos y pues también queda probado que la señora demandante recibió los extractos de su cuenta de ahorro individual durante estos años que ha permanecido o que permaneció vinculada a PORVENIR, es por esto honorables magistrados que considera mi representada que no se le dio el valor probatorio a estas piezas documentales y a lo manifestado en interrogatorio de parte, elementos de juicio, objetivos que permiten colegir que ese traslado, goza de plena validez es netamente eficaz. Ahora bien, nos apartamos respetuosamente también de la condena devolver conjuntamente y gastos de administración, junto con sumas de seguros previsionales y gastos de administración y rendimientos. Como quiera que la figura jurídica de la ineficacia se está desbordando en el entendido de que, si bien las cosas se han de retrotraer a su estado inicial, es decir, que es negocio jurídico no se realizó. La señora demandante no podía haberse beneficiado de una serie de rendimientos financieros que son característica privativa del régimen de ahorro individual con solidaridad al respecto a la sala civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SC 3201 del año 2018, advirtió que este tipo de traslados corresponde a los afiliados una condición distinta a haber permanecido en el régimen de prima media a lo largo de su vida laboral. Por lo cual estaría yendo a una clara contradicción con lo establecido en el artículo 897 del Código de Comercio. Ahora bien, los gastos de administración y demás por seguros adicionales, como se dijo, también son sumas descontadas por mandato legal contenidas en el artículo 20 la Ley 100 de 1993 PORVENIR de manera y en cumplimiento de su deber legal, en ningún momento, pues de manera caprichosa, pues se descontaron estos recursos únicamente adquiriendo una serie de seguros previsionales que ampararon la prestación de la señora demandante durante estos años frente a las contingencias de la invalidez, la muerte y también la Superintendencia Financiera ha analizado y ha indicado que se debe hacer este tipo de traslado al tenor de lo establecido en el artículo 7.º del Decreto 3995 del año 2008, disposición normativa que ha contemplado las restituciones mutuas que se van a realizar cuando se ordene un traslado de recursos al tenor de la figura jurídica de la ineficacia o la nulidad de un traslado de régimen pensional. Bajo estos argumentos y reservándome el derecho de ampliar los mismos en la oportunidad procesal que considere el Tribunal Superior, presento mi recurso de apelación solicitando a su honorable señoría sea concedido. Muchas gracias.

<sup>2</sup> “Gracias señoría, respetuosamente me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia que acaba proferir el despacho para que ante el Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá Sala Laboral se revoque el mismo, en atención a que en el presente caso se toma la determinación de invertir la carga de la prueba, precisando entonces que la demandada PORVENIR no cumplió o no demostró que la asesoría brindada frente a las características del RAIS fue completa, clara, transparente, no obstante, de las situaciones particulares de este proceso, lo cierto es que debieron valorarse en circunstancias precisas manifestadas en el interrogatorio de parte, como lo son la existencia de una comunicación entregada por parte de PORVENIR a la demandante; previo a que se cumplan los diez años para que se encuentra imposibilitada

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 de la demanda (Página 10, archivo 3 Expediente Digitalizado), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (Páginas 10 a 14 *ibídem*),** aspirando de manera principal se declare la ineficacia de traslado efectuada del RPM al RAIS que se realizó el 23 de marzo del 2000 ante la AFP PORVENIR, en consecuencia se ordene a ésta AFP a realizar el traslado de todos los aportes que se encuentren en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros y el valor del bono a COLPENSIONES, igualmente se ordene a ésta recibir tales valores, condenas *ultra y extra petita* y costas. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones,** por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a PORVENIR el 23 de marzo del 2000, en consecuencia, condenó a la AFP devolver todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la afiliación de la señora MARÍA DEL SOCORRO VICTORIA CÁRDENAS como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, junto con los gastos de administración con destino a COLPENSIONES; ordenó a dicha entidad recibir a la demandante como su afiliada, actualizar y corregir su 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 la demandante, al momento del traslado, precisando si bien se pudo haberle brindado información sobre los beneficios del RAIS, no le explicó las consecuencias de su traslado, 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

---

legalmente para trasladarse. De igual manera, la existencia de los aportes voluntarios de otro tipo de situaciones que claramente y a juicio de esta apoderada logran establecer que la afiliación de la demandante a PORVENIR cumplió con todos los requisitos que para ese momento eran exigidos al fondo y en tal razón pues la misma y debe considerarse válida. Conforme a lo anterior dejó sustentado mi recurso de apelación. Gracias”

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<sup>3</sup>.

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 diciembre de 1962 (*Página 28, Archivo 3 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 la petición elevada ante COLPENSIONES el 21 de agosto del 2020 (*Páginas 47 a 52 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 76.29 semanas cotizadas al sistema que corresponden a 1 año, 5 meses y 24 días (*Página 30, archivo 5 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 **23 de marzo del 2000** con fecha de efectividad a partir del **1° de mayo del 2000** (*Páginas 27 y 62, archivo 5 expediente digital*) por afiliación que hiciera a PORVENIR, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

---

<sup>3</sup> 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 2°, 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<sup>4</sup>, 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).

---

<sup>4</sup> 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 PORVENIR.

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

---

<sup>5</sup> “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<sup>6</sup> contrario a lo afirmado por PORVENIR y COLPENSIONES en su apelación no acreditan de manera 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 PORVENIR porque dicha empresa decidió cambiar el fondo de pensiones al cual estaban afiliados sus trabajadores, señalando si bien se realizó una charla grupal no recuerda la información que allí se le suministró.

---

<sup>6</sup> Audiencia 13 de junio de 2022, récord 13:07

Nótese, de lo relatado por la demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que la AFP PORVENIR haya cumplido con su obligación de buen consejo.

A más de lo anterior, se advierte frente a la apelación de las demandadas, la documental obrante en las páginas 58 a 61 (*Archivo 5 expediente digital*), relacionada con el formulario para vinculación de pensiones voluntarias y la comunicación sobre la posibilidad del cambio de régimen, no prueban 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 las misivas en comento pues basta con señalar que data del año 2004 y 2005 y el traslado de régimen mediante la afiliación a PORVENIR se dio el 23 marzo del 2000 (*página 62 Archivo 5 expediente digital*).

En esta dirección, 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 (*Página 62 Archivo 5 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.

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

aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración a la demandante al momento de trasladarse, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se 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.º 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:

| Etapas acumulativas                                            | Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información                                                                                                                                                                                                                    | Contenido mínimo y alcance del deber de información                                                                                                                                                                                                                                                         |
|----------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Deber de información                                           | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993<br>Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003<br>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.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009<br>Decreto 2241 de 2010                                                                                                                                                                                                                    | Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo |
| Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría. | Ley 1748 de 2014<br>Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015<br>Circular Externa n.º 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 PORVENIR estaba en la obligación de informar a su futura

afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen **(23 de marzo del 2000, efectivo el 1 de mayo 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.

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 57 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.

Debe precisarse en este punto, se adicionará el numeral tercero del fallo de primer grado, en cuanto a que PORVENIR deberá retornar además de lo anterior, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia<sup>7</sup>, 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<sup>8</sup>, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa

<sup>7</sup> Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.

<sup>8</sup> Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

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.

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 adocrinó 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.

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 (...)*”.

Aquí resulta pertinente acotar, de cara a la alzada propuesta por PORVENIR que el concepto emitido por la Superintendencia Financiera no resulta vinculante, y en todo caso, la determinación de devolver los gastos de administración no resulta caprichoso, sino que, se itera, es consecuencia de la aplicación de los efectos de la declaratoria de ineficacia.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES<sup>9</sup> (Páginas 37 y 38, archivo 9 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 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: ADICIONAR** el numeral **TERCERO** 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

---

<sup>9</sup> Se tuvo por contestada la demanda en auto del 25 de mayo del 2022, archivo 11 expediente digital.

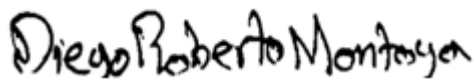
Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente **indexados** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora, conforme lo considerado.

**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 de primer grado, 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 JUAN CARLOS  
GONZALEZ PAEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE  
PENSIONES -COLPENSIONES- y PORVENIR S.A. (RAD. 26 2020 00068 01)**

Bogotá D.C. veintinueve (29) de julio 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 a las partes para alegar de conclusión, 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 demandada PORVENIR S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por la Juez 26 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 5 de mayo del 2022 (*Audiencia virtual, archivo 6 expediente digital, record: 39:54*), en la que se resolvió:

**“PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado efectuado por el demandante JUAN CARLOS GONZÁLEZ PÁEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: CONDENAR** al FONDO DE PENSIONES PORVENIR a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por el demandante, junto con los rendimientos financieros causados, y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO: CONDENAR** a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que acepte dicho traslado y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas.

**QUINTO: CONDENAR** en costas de esta instancia a la parte demandada PORVENIR, fijándose como agencias en derecho la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000).”

Inconforme con la apelación PORVENIR, indica que cumplió con el deber de información establecido para la época en el Decreto 663 de 1993, ya que los requisitos de información que aduce el despacho debían darse en el momento de la afiliación del demandante. 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 ejerció su derecho de libre elección de régimen pensional y firmó el formulario de afiliación el cual si bien no señala de manera literal todas las características o todo lo que le pudo haber señalado en la asesoría, pues si da fe de que recibió y aceptó la información, lo cual conlleva a entender que quiere pertenecer al régimen de ahorro individual, asegurando no resulta coherente que una persona firme un formulario de afiliación y que ya 20 años después señale que no recibió información cuando el formulario si da fe de que la recibió

Solicita en caso de confirmarse la sentencia se revoque lo concerniente a la devolución los gastos de administración, pues es una condena contradictoria ya que estos descuentos fueron hechos en cumplimiento de lo estipulado por la ley 100 de 1993, resultando suficientes la devolución de los rendimientos para financiar una posible pensión (*Audio archivo 16 expediente digital, record: 40:51*)<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Gracias su señoría en este momento procesal interpongo el correspondiente recurso de apelación para que el Honorable Tribunal Superior de Bogotá estudie el mismo y revoque en este caso el fallo, teniendo en cuenta los siguientes argumentos referente a ésta ineficacia que se ha declarado hoy pues considero que no hay lugar como quiera que para la época en que se realizó este traslado para el año 98 pues nos encontramos en una primera fase de este deber de información y como se efectuó la misma afiliación es válida y pues es eficaz como quiera que pues el demandante así en su interrogatorio manifieste que no recibió información y que

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

---

solamente recibió sobre tres conceptos, lo cierto es que el demandante si recibió una asesoría que pues lo llevo a firmar un formulario de afiliación y así pues vincularse con mi representada Porvenir para el año 98 circunstancia que se reiteró en el tiempo toda vez que realizo las debidas cotizaciones a éste régimen pensional o a esta administradora por lo que con esas manifestaciones y cotizaciones se puede hablar pues de que se ratificó esa decisión efectuada para el año 98, toda vez que si hubiera sido deseo del demandante pues se hubiera vinculado al ISS durante este tiempo o incluso también se hubiera podido retractar de su decisión de haberse vinculado con PORVENIR pero su decisión también fue continuar en este régimen pensional con esta administradora.

Ahora si bien, pues este deber de información pues si ha existido desde los inicios de las administradoras es algo que jamás ha desconocido PORVENIR, lo que si reitera pues es que este deber de información pues ha tenido este desarrollo legal, este desarrollo jurisprudencial pues que se ha ido incrementado a lo largo de los años todas las exigencias impuestas a las administradoras; sin embargo mi representada considera que en este tipo de procesos referente pues a una ineficacia del traslado pues no reviste esa interpretación de la norma, toda vez que pues la norma en su Decreto 663 señala pues que estas vinculaciones o ese traslado se debe hacer para que las personas elijan libremente a que régimen quieren pertenecer, ya después nace pues estos dos regímenes pensionales con la Ley 100, que si bien si deben señalarse características del régimen lo más importante era pues que no hubiera coacción por parte de los fondos privados a través de los asesores para que las personas firmaran ese formulario de afiliación, lo cierto es que pues el demandante ejerció su derecho de libre elección de régimen pensional y firmó este formulario de afiliación, si bien el formulario pues no señala de manera literal todas las características o todo lo que le pudo haber señalado en la asesoría, pues si da fe de que primero recibió información, la persona está aceptando que recibió información, está aceptando que Porvenir fue su administradora de pensiones, está aceptando que quiere pertenecer al régimen de ahorro individual, por lo que no resulta coherente que una persona firme un formulario de afiliación y que ya 20 años después señale que no recibió información cuando el formulario si da fe de que recibió y que ahora quiere retrotraer todo a su estado original cuando han transcurrido pues muchos más años.

Ahora bien tampoco resulta coherente que a los fondos privados se les obligue que alleguen otro tipo de documento o alguna otra prueba pues diferente a ese formulario cuando esto resulta siendo un imposible jurídico, cuando pues han transcurrido muchos años de vinculación y pues los fondos sencillamente se quedan con ese interrogatorio de parte que por supuesto es muy complicado porque la persona pues igual va a decir que no recibió esa información pero se insiste con ese formulario si se da fe de que recibió la misma es por eso que les solicito señores magistrados que porque existió este acto jurídico por supuesto verso por la voluntad del demandante, solicito que si se respete esta voluntad dispuesta para el año 98 que la persona o el demandante haya aceptado las condiciones de este sistema, las condiciones de financiación de este sistema y que por el simple hecho de que no esté de acuerdo con su mesada pensional en la actualidad pues no busque esta figura de la ineficacia del traslado de régimen señalando pues que no recibió tal información, cuando pues si nos vamos para el año 98 era pues difícil saber cuál era el monto de la mesada pensional que el demandante iba a tener en cualquiera de los dos sistemas, toda vez que se desconocía primero la densidad de cotizaciones que iba a tener el demandante como iban a ser sus cotizaciones y por supuesto se desconocía la tasa de reemplazo que se iba a utilizar para efectuar el reconocimiento pensional, toda vez que esta tasa pues es diferente entre los dos sistemas y pues es algo determinado en la ley no es capricho de los fondos privados y por supuesto es la ley la que determina cuales son las condiciones de cómo se va a financiar la pensión en este régimen pensional, eso en cuanto a la ineficacia.

En el segundo punto de mi recurso es pues en cuanto a que no se condene a mi representada a devolver entonces estos conceptos de gastos de administración toda vez que pues este tipo de condena pues es completamente contradictorio, toda vez que pues se retrotrae todo a su estado original y si fuera a retrotraerse todo a su estado original pues el demandante no tendría derecho entonces a retornar con los rendimientos que se han generado cuando pues ha sido incumplimiento de un deber legal; sin embargo mi representada considera que pues si se están trasladando todos los aportes y los mismos rendimientos pues estos son suficientes para financiar una posible pensión en Porvenir, toda vez que estos rendimientos resultan incluso ser superiores a los mismos aportes, entonces al menos deberían dejar que las administradoras o mi representada conserve estos gastos de administración e insisto pues que han sido en cumplimiento de un deber legal y de haber cumplido a cabalidad con lo dispuesto en la normatividad y generó los correspondientes rendimientos en la cuenta de ahorro del demandante.

Por lo anterior entonces señores magistrados solicito en primera medida revocar el presente fallo en su integridad o en caso de que se confirme se absuelva a mi representada de la condena a devolver los gastos de administración y con esto dejo sustentado mi recurso muchas gracias.

## CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (**Páginas 2 y 3, archivo 1 Expediente Digitalizado**), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (**Páginas 3 y 4 ibídem**), aspirando de manera principal se declare la nulidad y/o ineficacia de traslado efectuada a la AFP PORVENIR, en consecuencia, se ordene a ésta AFP a trasladar todos los aportes junto con los rendimientos y a COLPENSIONES activar su afiliación en el régimen de prima media, derechos ultra y extra petita, costas del proceso y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró ineficaz el traslado efectuado por el actor al RAIS; condenó a PORVENIR S.A a transferir la totalidad de los aportes realizados por el actor, junto con los rendimientos financieros causados, y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración con destino a COLPENSIONES, y a ésta entidad aceptar dicha transferencia y contabilizar para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante; condenó en costas y agencias en derecho. Fundamentó su decisión en la línea jurisprudencial instituida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en las que se estableció el alcance del deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen cuando las AFP no acaten ese deber y por ende no se acredite la existencia de un consentimiento informado, situación que en autos no se acreditó.

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

---

<sup>2</sup> 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 2°, 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



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 3 de junio de 1958 (*Página 112, 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 COLPENSIONES el 3 de octubre del 2019 (*página 29*) y ante PORVENIR el 4 de octubre del 2019 (*Página 30 ibídem*), esto es, cuando le faltaban 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 con 636 semanas de servicios prestados al INSTITUTO NACIONAL DE RADIO Y TELEVISIÓN INRAVISIÓN<sup>3</sup>, que corresponden a 12 años, 4 meses y 12 días, 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.

Previo a continuar con el estudio correspondiente, debe advertirse para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994- la carga pensional se encontraba a cargo de CAPRECOM, dado que el empleador del actor para esa época era INRAVISION<sup>4</sup>, tal como éste se lo expresó a PORVENIR en la misiva

---

*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”.*

<sup>3</sup> Expediente digital. Archivo No. 1, página 110 Constancia del MINISTERIO DE TECNOLOGIAS DE LA INFORMACION Y LAS COMUNICACIONES.

<sup>4</sup> **LEY 335 de 1996 ARTÍCULO 16.** Modifica el Artículo 62 de la Ley 182 de 1995. El artículo 62 de la Ley 182 de 1995 quedará así:

El Instituto Nacional de Radio y Televisión es una sociedad entre entidades públicas, organizada como empresa Industrial y Comercial del Estado conformada por la Nación, a través del Ministerio de Comunicaciones, Telecom y Colcultura. Tendrá como objeto la operación del servicio público de la Radio Nacional y Televisión. Así mismo corresponde a Inravisión la determinación de la programación, producción, realización, transmisión, emisión y explotación de la Televisión Cultural y Educativa en los términos de la presente Ley.

Inravisión tendrá autonomía presupuestal y administrativa de acuerdo con su naturaleza jurídica, y en desarrollo de su objeto social podrá constituir entre sí o con otras personas naturales jurídicas, nacionales o extranjeras, sociedades o asociaciones destinadas a cumplir las actividades comprendidas dentro de sus objetivos, conforme a la ley de su creación y autorización y a sus respectivos estatutos.

El patrimonio de Inravisión estará constituido entre otros por aquél que en la actualidad le corresponde por los aportes del presupuesto nacional y por las transferencias que le otorgue la Comisión Nacional de Televisión.

(...)

del 28 de julio del 2016 (*Archivo 1 expediente digital, página 111*) y se anota en el formulario de afiliación a PORVENIR (*Archivo 1 expediente digital, página 126*), por ende es claro que el actor no realizó ninguna cotización al Instituto de Seguros Sociales, pero ello no significa que no se encontrara vinculado al régimen de prima media con prestación definida, y por tanto, que con su afiliación a la AFP PORVENIR, se haya producido un traslado de régimen.

Lo anterior, en razón a que de conformidad con lo previsto en la Ley 100 de 1993, existen formas diferentes de ingresar al sistema general de pensiones: I) la afiliación y II) la incorporación colectiva, que ocurrió por ejemplo en el caso de los servidores públicos activos quienes, con algunas salvedades estipuladas en la Ley, quedaron automáticamente incorporados en virtud del artículo 1° del Decreto 691 de 1994<sup>5</sup>, con efectos a partir de cuando entró a regir para ellos el sistema.<sup>6</sup>

Con relación a la incorporación automática de los servidores públicos al régimen de prima media, se refirió la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos:

*“(…) Por tanto, a partir de la citada fecha (entrada en vigencia de la ley 100 para los servidores públicos), debía entenderse que el régimen previsional quedó incorporado al régimen de prima media con prestación definida, sin perjuicio del respeto de «los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores para quienes a la fecha de vigencia de [la Ley 100 de 1993] hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, del*

---

Salvo el Director Ejecutivo, el Secretario General, los Subdirectores, los Jefes de Oficina y de División, los demás funcionarios seguirán como trabajadores oficiales y gozarán del amparo que la Constitución y la presente ley les otorga.”

<sup>5</sup> Art. 1°.- Incorporación de servidores públicos. Incorpórase al Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 a los siguientes servidores públicos:

- a) Los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional, departamental, municipal o distrital, así como de sus entidades descentralizadas;
  - b) Los servidores públicos del Congreso de la República, de la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la organización electoral y la Contraloría General de la República.
- Parágrafo. La incorporación de los servidores públicos de que trata el presente decreto se efectuará sin perjuicio de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 28 del Decreto 104 de 1994, Decreto 314 de 1994 y Decreto 1359 de 1993 y las normas que los modifiquen y adicionen.

<sup>6</sup> Así lo adocrinó la Corte Suprema de Justicia en sentencia con Radicación 48031 de 31 de enero de 2012. M.P. JORGE MAURICIO BURGOS. En esa oportunidad dijo esa Corporación: *“(…) aunque en ese momento ellos estaban facultados para hacer una manifestación de voluntad en el sentido de seleccionar el régimen bien el de prima media o el de ahorro individual, y la administradora de pensiones, el hecho de que en ese entonces no lo hubieran hecho en forma individual, no significaba que quedaran por fuera del sistema, pues se itera, su incorporación al mismo se produjo por disposición legal con efectos en las fechas límites establecidas para cada caso, o cuando se produjera el acto administrativo de la respectiva autoridad pública como lo previó el parágrafo del artículo 151 de la Ley 100”.*

*Instituto de Seguros Sociales y del sector privado en general», según el artículo 11 de la citada Ley.”<sup>7</sup>*

En consonancia con lo anterior, no queda duda que dada su calidad de servidor pública, una vez entró a regir la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, dada la ausencia de selección individual de régimen, el actor se entendió incorporado automáticamente al régimen de prima media con prestación definida, por ello, con su afiliación a PORVENIR el 22 de diciembre de 1998 (*Archivo 1 expediente digital, páginas 102 y 126*) -administradora de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad- se concretó su traslado de régimen de prima media al RAIS.

En este orden de ideas, 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 **22 de diciembre de 1998** con fecha de efectividad a partir del **1° de febrero de 1999** (*Página 102 y 126, archivo 1 expediente digital*) por afiliación que hiciera a 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.

---

<sup>7</sup> Sentencia SL2817 de 2019.

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<sup>8</sup>, 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):

*“(…)*

---

<sup>8</sup> 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 del actor al fondo accionado PORVENIR.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de

noviembre de 2011<sup>9</sup>, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de

---

<sup>9</sup> “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, raditaciones 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”.*

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***

---

*“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.

*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 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<sup>10</sup> contrario a lo afirmado por PORVENIR en su apelación no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que como quiera que INRAVISION se iba a liquidar hubo una feria de fondos de pensiones para que sus empleados se afiliaron, refiriendo PORVENIR le indicó que como CAPRECOM iba a dejar de existir en dicha AFP tendría una pensión segura. 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.

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 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.

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 (*Página 126 Archivo 1 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

---

<sup>10</sup> Audiencia 28 de abril de 2022, récord 14:25

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 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.º 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:

| <b>Etapas acumulativas</b>                                     | <b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</b>                                                                                                                                                                                                             | <b>Contenido mínimo y alcance del deber de información</b>                                                                                                                                                                                                                                                  |
|----------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Deber de información                                           | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993<br>Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003<br>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.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009<br>Decreto 2241 de 2010                                                                                                                                                                                                                    | Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo |
| Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría. | Ley 1748 de 2014<br>Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015<br>Circular Externa n.º 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 del aquí demandante, la AFP 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 PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen (**22 de diciembre de 1998** con fecha de efectividad a partir del **1º de febrero de 1999**), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, 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 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 114 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, se adicionará el numeral segundo del fallo de primer grado, en cuanto a que PORVENIR deberá retornar además de lo anterior las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia<sup>11</sup>, 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<sup>12</sup>, 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 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.

<sup>11</sup> Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.

<sup>12</sup> Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

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 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<sup>13</sup> (Página 64, 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 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: 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.

**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.

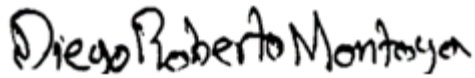
---

<sup>13</sup> Se tuvo por contestada la demanda en auto del 13 de agosto del 2021, archivo 1 expediente digital página 70.

**TERCERO: CONFIRMAR en lo demás** la sentencia proferida por el Juzgado 26 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**

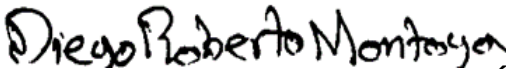
**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CLARA INES  
GONZALEZ BEJARANO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA  
DE PENSIONES -COLPENSIONES- y PORVENIR S.A. (RAD. 29 2021 00109  
01)**

Bogotá D.C. Veintinueve (29) de julio 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 a las partes para presentar alegatos de conclusión, 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 su favor, contra la sentencia proferida por la Juez Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el 5 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 1:11:28, archivo 21 expediente digital), en la que se resolvió:

**“PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado del régimen pensional que hiciere la señora CLARA INES GONZALEZ BEJARANO, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.772.269, a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CENSANTIAS PORVENIR S.A, 18 de enero de 1996 con fecha de efectividad del 01 de febrero de 1996, por los motivos expuestos en esta providencia. En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales la afiliada 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 FONDOS DE PENSIONES Y CENSANTIAS PORVENIR S.A, a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante CLARA INES GONZALEZ BEJARANO por concepto de cotizaciones y rendimientos, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

**TERCERO: CONDENAR (sic) ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES a recibir de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CENSANTIAS PORVENIR S.A., todos los valores que haber recibido con motivo de la afiliación de la actora, por concepto cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.

**CUARTO: SIN CONDENA** en costas.

**QUINTO: CONSULTAR** la presente sentencia en caso de no ser apelada por COLPENSIONES, en los términos del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.”

Inconforme con la decisión la apoderada judicial de COLPENSIONES la apeló, solicitando se adicione la sentencia respeto a la devolución a favor de COLPENSIONES, de los gastos de administración, indicando ser necesario que los mismos sean trasladados pues se entiende que estos gastos harían parte de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES y esta administradora los pueda tomar para los efectos legales que bien corresponda a favor de la parte demandante. (Audiencia virtual 5 de abril del 2022 récord 1:13:21)<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Gracias su señoría de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación parcial en contra de la decisión proferida en esta instancia y únicamente solicitándole a los honorables magistrados se adicione a la presente sentencia con respeto a la devolución también a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, sobre los gastos de administración, esto específicamente emitido dentro de la sentencia SL3464 del 2019 y la magistrada ponente Clara Cecilia Dueñas Quevedo, esto teniendo en cuenta lo indicado dentro de esta sentencia, lo cual me permito citar:

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 de la demanda (página 3, archivo 4 expediente digital) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 2 y 3, *ibídem*), aspirando se declare la afiliación realizada es invalida y/o nula por falta de consentimiento informado, en consecuencia se ordene a PORVENIR autorizar el traslado a COLPENSIONES junto con los aportes y sus respectivos rendimientos, así mismo se ordene a COLPENSIONES a recibir la afiliación y acreditar en la historia laboral el tiempo cotizado, costas procesales y agencias en derecho. **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 a devolver a**

---

*“Ahora bien, como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746 del Código Civil y este por analogía es aplicable a la ineficacia, la sala se apoyará en el para dilucidar el problema planteado, según este artículo declarado la ineficacia las partes en lo posible deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación o dicho de otro modo el propósito es retrotraer el estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc, en medida que la ineficacia de acto del régimen pensional supone negarle efecto al traslado tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió, luego si una persona estaba afiliado al régimen de prima media con prestación definida, en la media que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional, supone negar el efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió, luego si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, a de entenderse que nunca se cambió al sistema afiliado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad ha de darse por sentado que nunca se ha trasladado al sistema público administrado pro COLPENSIONES.*

*Por esto mismo, la sala ha doctrina que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES el total del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros. Así mismo, a dicha esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues todos estos recursos desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al régimen de prima media con prima con prestación definida administrado por COLPENSIONES, SL 3189 del 9 de septiembre de 2018, SL 4964 del 2018, SL 4989 del 2018, SL 1421 del 2019 y SL 1681 del 2019”.*

En ese sentido señores magistrados y también como se ha citado en diferentes precedencias sobre estos casos, pues es necesario que los gastos de administración sean trasladados a COLPENSIONES, porque si bien se está tomando una decisión de ineficacia del traslado, y esto como se indicó anteriormente conforme al artículo 1746 del Código Civil, aplicado por analogía en el presente asunto, pues se entiende que estos gastos de administración harían parte de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y esta administradora las pueda tomar para los efectos legales que bien corresponda a favor de la parte demandante.

En ese sentido dejo presentado mi recurso de apelación, nuevamente solicitándole a los magistrados de la sala laboral se proceda a ordenar los gastos de administración a favor de mi representada. Muchas gracias.

COLPENSIONES todos los dineros que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora como cotizaciones y rendimientos en el término de 30 días hábiles y a COLPENSIONES le ordenó recibir lo anterior y actualizar la 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 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<sup>2</sup>.

Así las cosas, en el expediente se registra como fecha de nacimiento de la actora el 12 de diciembre de 1956 (*página 66, archivo 18 expediente digital*) por lo que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, al 1° de abril de 1994, contaba con 37 años de edad, quedando claro que, en principio, es beneficiaria del régimen de transición; sin embargo, teniendo en cuenta el traslado de régimen efectuado por la demandante el **18 de enero de 1996** con fecha de efectividad el **01 de febrero de 1996**, por afiliación que hiciera a PORVENIR y que para la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 contaba con 450,57 semanas, que corresponden a 8 años, 9 meses y 4 días (*Página 125, archivo 18, expediente digital*), no cumplía con el requisito para mantener el beneficio transicional pese a su traslado, esto es, 15 años de servicio antes de entrar en vigor el nuevo sistema de seguridad social, de conformidad con lo

---

<sup>2</sup> 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 2°, 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”.



señalado en la sentencia C-789 de 2002, por lo que resulta procedente el estudio del traslado de régimen pensional y la conservación del beneficio transicional con base en la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, desde luego si hay lugar a declararla.

No obstante lo anterior, es con fundamento en la ausencia del suministro de información que pretende 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 **18 de enero de 1996**, efectivo el **01 de febrero de 1996** (*Páginas 67 y 69, Archivo 18 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<sup>3</sup>, 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:

---

<sup>3</sup> 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 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<sup>4</sup>, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en

---

<sup>4</sup> “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, radificaciones 31989 y 31314, dijo:

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

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

---

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

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

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

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

“(…).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

***“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.***

*(…)*

*Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*

*(…).*

---

*“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.*



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

***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<sup>5</sup>, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que los asesores de PORVENIR le expresaron que el ISS pronto se acabaría y que solo se iban a poder pensionar con un fondo privado, explicándole únicamente que sus aportes irían a una cuenta, pero sin manifestarle las consecuencias ni los beneficios de su traslado.

Valga anotar, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., (Página 69, Archivo 18 expediente digital), éste no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la

---

<sup>5</sup> Audiencia del 7 de abril del 2022, récord 23:35

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 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 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.º 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:

| Etapas acumulativas                                            | Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información                                                                                                                                                                                                                    | Contenido mínimo y alcance del deber de información                                                                                                                                                                                                                                                         |
|----------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Deber de información                                           | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993<br>Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003<br>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.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009<br>Decreto 2241 de 2010                                                                                                                                                                                                                    | Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo |
| Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría. | Ley 1748 de 2014<br>Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015<br>Circular Externa n.º 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 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 S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (18 de enero de 1996, efectivo el 1º de febrero 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, **en especial, la pérdida del beneficio del régimen de transición** y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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.

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, 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, teniendo en cuenta la apelación de COLPENSIONES y como quiera que se conoce el presente proceso en el grado jurisdiccional de Consulta en su favor, se adicionará el numeral segundo del fallo de primer grado, en cuanto a que además de lo anterior, PORVENIR debe devolver a COLPENSIONES los gastos de administración, igualmente deberá retornar las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia<sup>6</sup>, 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<sup>7</sup>, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a dicha 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.

<sup>6</sup> Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.

<sup>7</sup> Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

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 adocrinó 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<sup>8</sup>, a favor de quien se surte la consulta (*página 4 archivo 08, 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*

---

<sup>8</sup> 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 26 de agosto de 2021 (archivo 10, 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 transcurso 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 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: ADICIONAR** el ordinal al **SEGUNDO** 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 dicha 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 29 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 MARÍA DEL PILAR OCAMPO CASTAÑEDA CONTRA MAURICIO JOSÉ MERIZALDE VANEGAS (RAD. 35 2020 00287 01).**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado a las partes para alegar de conclusión, 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 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 ocasión del recurso de apelación interpuesto por el demandado MAURICIO JOSÉ MERIZALDE VANEGAS, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 04 de febrero de 2022 (Exp. Digital: «22. ActaAudienciaFallo.pdf», «21. AudioFallo.mp4», récord 1:03:13), en la que se resolvió:

*«PRIMERO: DECLARAR que entre Mauricio José Merizalde Vanegas como propietario del establecimiento de comercio Clínica Veterinaria Bogotá y María del Pilar Ocampo Castañeda existió una relación laboral entre el 01 de febrero del 2019 al 13 de enero del 2020.*

*SEGUNDO: CONDENAR a Mauricio José Merizalde Vanegas como propietario del establecimiento de comercio Clínica Veterinaria Bogotá por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, a PAGAR a favor de María del Pilar Ocampo Castañeda, las siguientes sumas de dinero:*

- Por concepto de SALARIO \$866.666,67
  - Por concepto de CESANTÍAS \$1.905.555,56
  - Por concepto de INTERESES A LAS CESANTÍAS \$201.979,63
  - Por concepto de PRIMA DE SERVICIOS \$1.905.555,56
  - Por concepto de VACACIONES \$952.777,78
  - Por concepto de sanción por no pago de los intereses de las cesantías \$201.979,63.
  - Por concepto de indemnización por despido sin justa causa \$2.000.000
- TERCERO: CONDENAR a Mauricio José Merizalde Vanegas como propietario del establecimiento de comercio Clínica Veterinaria Bogotá a pagar a la administradora*

*de pensiones a la cual se encuentre afiliada la demandante, el monto determinado por esta, correspondiente al cálculo actuarial por los aportes pensionales de María del Pilar Ocampo Castañeda por los periodos comprendidos entre el 01 de febrero del 2019 al 13 de enero del 2020 con un ingreso base de cotización de \$2.000.000.*

*CUARTO: CONDENAR a Mauricio José Merizalde Vanegas como propietario del establecimiento de comercio Clínica Veterinaria Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, a PAGAR a favor María del Pilar Ocampo Castañeda la indemnización de que trata el Art. 65 del Código Sustantivo del Trabajo, esto es esto es un día de salario correspondiente a la suma de \$66.666,67, diarios desde el 14 de enero del 2020 al 14 de enero del 2022 y a partir de dicha fecha deberá reconocer los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superfinanciera, sobre las prestaciones adeudadas, hasta cuando se acredite el pago de la prestación.*

*QUINTO: ABSOLVER a Mauricio José Merizalde Vanegas como propietario del establecimiento de comercio Clínica Veterinaria Bogotá de las demás pretensiones invocadas en su contra, de conformidad con la parte motiva de este proveído.*

*SEXTO: CONDENAR EN COSTAS en esta instancia a Mauricio José Merizalde Vanegas como propietario del establecimiento de comercio Clínica Veterinaria Bogotá. Por secretaria liquídense las costas incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 de pesos».*

Inconforme con la decisión, el demandado la apeló, solicitando su revocatoria.

Con ese propósito indica, en el proceso no existió ningún tipo de contradictorio, no pudo presentar ningún tipo de prueba diferente a las que se presentaron y acompañaron en la contestación de la demanda, las cuales se basaron en la verdad y realidad de los hechos y no hubo ningún tipo de mentiras con la intención de no dar el pago o incumplimiento a las prestaciones que le corresponden; que simplemente se basó en el contrato que existía. Así, entendiendo que no se pudo establecer un contradictorio, por errores que no le competen al juez ni a las partes, no hubo testigos que pudieran desvirtuar el decir de la demandante y no pudo ejercer un derecho de defensa mínimo, frente de los hechos que fueron demandados.

Agregó, interponía el recurso de apelación, para que se revise en esta instancia si todos aquellos actos que conllevaron al fallo de primer grado, fueron realmente válidos. Anotó, que a pesar de que se tomaron todas las previsiones necesarias, para hacer llegar al juzgado, los documentos necesarios, los mismos no llegaron y más allá de eso, el hecho o no de la enfermedad tanto del demandado como de los testigos, se salía de sus manos, por ser fuerza mayor, caso fortuito, o teoría de la imprevisión.

Mencionó, si bien es cierto, quien tiene una presunción a su favor, tiene mucho ganado en el terreno del ámbito procesal, no era menos que en este caso acontecimientos ajenos a la voluntad de las partes, el señor Mauricio Merizalde, fue condenado sin tener la menor defensa, la menor posibilidad de dar su punto de vista, más allá de allegar las pruebas, de demostrar que nunca existió un contrato laboral con la hoy demandante, razón por la cual, solicitó que con base en el garantismo que presenta el derecho laboral, más allá de eso, las facultades que genera el código laboral y respecto a que se tenga un contradictorio, en el que se puedan desvirtuar las pruebas o se puedan aportar las pruebas, para que sea en segunda instancia se revise si realmente la no comparecencia por un hecho que no se puede imputar a la parte, es la base para poder condenar.

Agregó, que más allá de una apelación por falta de cualquier defensa, se pueda avizorar cualquier nulidad, toda vez que no hubo ninguna posibilidad de que el señor Merizalde hiciera su defensa, no solo el como persona natural, sino a través de la misma apoderada, toda vez que tiene *«los pantallazos, tengo las pruebas y aun así no entiendo la razón, por la que el sistema nos jugó una mala pasada y no permitió que el juzgado pudiera abrir los documentos»*, dejando entrever que, además de habérsele informado del recibo, se le debió indicar que los documentos no abrían y de ese modo, hubiera podido ejercer el derecho de defensa, teniendo en cuenta que esta pandemia del Covid es un claro eximente de responsabilidad, no solo aquí, sino en toda la legislación del mundo, además, solicita que se evalúe el hecho de que el demandado se encuentra en el hospital y que los testigos fueron infectados, pese a que la hospitalización no fue crítica, sino una condición que les impide incluso poder hablar de corrido, para poder deponer en un proceso que genera desgaste emocional y físico.

Acotó, teniendo en cuenta que las pruebas no pudieron ser controvertidas y tampoco pudieron ser valoradas, el juzgado se vio obligado a fallar con lo existente en el expediente, pues como lo dijo el Juez, no solo los testimonios son la base de la prueba, pero que de lo que pudo haber dicho el demandado hubiera sido muy importante, para establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos; que haber podido contrainterrogar a la demandante, también hubiera permitido que el juzgado tuviera una visión más amplia de lo que denomina contrato laboral.

En ese orden, concluyó, con base en que no existió una defensa mínima para el demandado, por los acontecimientos que se salen de las manos y que la misma ley trae como fuerza mayor o caso fortuito, solicitó que, en esta instancia, eventualmente con la aparición de pruebas nuevas, se verifique si el accionado es responsable de su inasistencia y más allá de eso, de las condenas impartidas<sup>1</sup> (Récord 1:07:50 «21. AudioFallo»).

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 MARÍA DEL PILAR OCAMPO CASTAÑEDA en este ordinario, las pretensiones relacionadas a páginas 05 y 06 del archivo «05- Subsanación demanda 2020-287 MARIA OCAMPO», las**

---

<sup>1</sup> «Estaba diciendo que interpongo el recurso de apelación, toda vez que en el proceso no existió ningún tipo de contradictorio, mi cliente no pudo presentar ningún tipo de prueba diferente a las que se presentaron y acompañaron en la contestación de la demanda, que como usted puede evidenciar, fueron todas basadas en la verdad y realidad de los hechos y no hubo ningún tipo de mentiras ni nada que se le parezca, con la intención de no dar el pago o incumplimiento a las prestaciones que le corresponden, simplemente se basó en el contrato que existía, dentro de la apelación se aplican todas las presunciones que existen a favor de la demandante, incluyendo aquella que puede llegar a expresar mala fe por parte de mi cliente. Entendiendo que no se pudo establecer un contradictorio, por errores que no le competen a su señoría ni a las partes, entendiendo que no hubo testigos que pudieran desvirtuar el decir de la demandante, entendiendo que mi cliente no pudo ejercer un derecho de defensa mínimo, frente de los hechos que fueron demandados.

Yo interpongo el recurso de apelación, para que se revisen, sede instancias y todos aquellos actos que conllevaron un fallo en contra hacia mi cliente, fueron realmente válidos y se pudieron haber evitado de alguna manera, toda vez que a pesar de que se tomaron todas las previsiones necesarias, para hacer llegar al juzgado, los documentos necesarios, que los mismos no llegaron, más allá de eso, el hecho de la enfermedad o no de los testigos y de mi cliente, es algo que se sale totalmente de las manos, estamos frente a una fuerza mayor o caso fortuito, frente a una teoría de la imprevisión y más allá de eso, también es claro que si bien es cierto, que tiene una presunción a su favor, tiene mucho ganado en el terreno del ámbito procesal, no es menos cierto que en este caso particularmente acontecimientos ajenos a la voluntad de las partes, el señor Mauricio Merizalde, fue condenado sin tener la menor defensa, la menor posibilidad de dar su punto de vista, más allá de allegar las pruebas, de demostrar que nunca existió un contrato laboral con la hoy demandante, por esa razón su señoría, yo le solicito que con base en el garantismo que presenta el derecho laboral, más allá de eso, las facultades que generan el código laboral y respecto a que se tenga un contradictorio, en el que se puedan desvirtuar las pruebas o se puedan aportar las pruebas se conceda el recurso de apelación, para que sea la segunda instancia revise si realmente la no comparecencia por un hecho que no se puede imputar a la parte, es la base para poder condenar a estas sumas de dinero a mi cliente.

También su señoría quisiera dejar entredicho a el despacho y al superior que más allá de una apelación por falta de cualquier defensa se pueda avizorar cualquier nulidad, toda vez que no hubo ninguna posibilidad de que el señor Merizalde hiciera su defensa, no solo el como persona natural, sino a través de la suscrita, toda vez que la ley me indica, tengo los pantallazos, tengo las pruebas y aun así no entiendo la razón, por la que el sistema nos jugó una mala pasada y no permitió que el juzgado pudiera abrir los documentos, el hecho del cual, pues se hubiera solicitado se me informara, no solo que se acusó recibo, sino que los documentos no abrían; así mi cliente hubiera podido ejercer el derecho de defensa, teniendo en cuenta que esta pandemia del Covid es un claramente eximente de responsabilidad, no solo aquí sino en toda la legislación del mundo, yo solicito que se evalúe el hecho de que mi cliente se encuentra en el hospital y que los testigos fueron infectados, si bien es cierto no fue crítica y hospitalizada, sino una condición que les impide incluso poder hablar de corrido, para poder deponer en un proceso que todos sabemos genera desgaste emocional y físico.

Así que basándome en que las pruebas no pudieron ser controvertidas y tampoco pudieron ser valoradas, igual forma el juzgado se vio obligado a fallar lo que existe en el expediente, como lo dice el juez, no solo los testimonios son la base de la prueba, pero el decir de mi cliente hubiera sido muy importante, para establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos y haber podido contrainterrogar a la demandante, también hubiera permitido que el juzgado tuviera una visión más amplia de lo que ella denomina contrato laboral, así que con base en que no existió una defensa mínima para mi cliente, por los acontecimientos que se nos salen de las manos y que la misma ley trae como fuerza mayor o caso fortuito, repito solicito a el despacho que se conceda el recurso de apelación para que en una segunda instancia, eventualmente con la aparición de pruebas nuevas o en el entender del juez si bien es cierto usted realice un control de legalidad y usted actuó en derecho, nosotros no tuvimos la culpa que dichos documentos no hubieran y tampoco tenemos la culpa que en este momento las personas que pueden deponer sobre los hechos, se encuentren enfermas e imposibilitadas a asistir, así que yo le ruego con todo respeto su señoría que por esta falta de acervo probatorio, valoración probatoria que excede la intención de las partes que no puede ser imputada a nosotros, se conceda el recurso, para que se verifique en segunda instancia si realmente mi cliente es responsable de su inasistencia y más allá de eso de las condenas que el despacho, repito, ha interpuesto con lo que tiene a la mano para fallar, agradezco su señoría».

**cuales encuentran fundamento en los hechos consignados a páginas 07 a 09,** aspirando se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 1 de febrero de 2019 y el 13 de enero de 2020, el cual terminó sin justa causa imputable al empleador. En consecuencia, se condene a la demandada a reconocer y pagar a su favor salarios adeudados por los meses de noviembre y diciembre de 2019, y enero de 2020, las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios vacaciones y aportes a seguridad social causados por todo el tiempo laborado, junto con la indemnización moratoria y la sanción por despido sin justa causa. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones,** por cuanto se declaró la existencia del contrato de trabajo con el demandado, entre el 01 de febrero del 2019 y el 13 de enero del 2020 y se condenó a esta última a pagar al demandante las acreencias laborales causadas a su favor. Además, la condenó al pago de la sanción moratoria y la indemnización por despido sin justa causa. Lo anterior, tras considerar que se encontraba probada la prestación personal del servicio del actor a favor de la convocada a juicio, por lo que en aplicación de la presunción contenida en el artículo 24 del C.S.T., la que no encontró desvirtuada, concluyó que la relación que ató a las partes tenía carácter laboral.

Pues bien, aunque el recurso de apelación no resulta ser un modelo a seguir, en un exhausto ejercicio hermenéutico e interpretativo del mismo, entiende la Sala que la recurrente ataca la decisión del juez a quo de acceder a la declaratoria del contrato de trabajo y a las condenas del libelo introductor, ello con base a la presunción contenida en el artículo 24 del CST, no desvirtuada por la demandada; así como también se cuestiona el hecho que no se practicaron algunas pruebas en su favor, con las que pudo haber desvirtuado tal presunción y en consecuencia, absolverse de las pretensiones de la demanda.

Precisado lo anterior y con el ánimo de dar desarrollo a los puntos esgrimidos, de señalarse inicialmente, en los juicios del trabajo es primordial para el Juez establecer si existe o no contrato de trabajo, que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales y, acreditados los extremos, resultaría factible efectuar las liquidaciones a que hubiere lugar.

En autos, la existencia o no de un contrato de trabajo resulta ser justamente el distanciamiento principal entre las partes, en tanto su declaración judicial constituye la pretensión principal del demandante, mientras que la traída a juicio se opone al



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

De igual forma, es menester señalar, a la parte actora le basta acreditar la prestación personal del servicio, por cuanto en virtud de la ventaja probatoria consagrada en el artículo 24 del C. S. del T., se podría presumir la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, correspondiendo por tanto a la llamada a juicio desvirtuar su existencia (Al respecto, puede consultarse la sentencia CSJ SL2480-2018 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia<sup>2</sup>).

Así, se advierte, en el caso de marras no se encuentra en discusión la prestación personal del servicio del demandante en favor de la demandada por cuanto la misma fue aceptada desde la contestación de la demanda (Ex. Digital: «09. Contestación Demanda RAD 2020-287 Mauricio Merizalde 19.02.2021.pdf», págs. 1 a 6) y se constata con el contrato de prestación de servicios suscritos entre las partes y la certificación que en tal sentido suscribió el demandado («02 – ANEXOS.pdg», págs. 6 a 10), por lo que la promotora del juicio se encuentra cobijado por la presunción del artículo 24 del C.S.T., antes referida, y en ese orden, le correspondía al demandado desvanecer la presunción en comento.

Sin embargo, analizado en su integridad el acervo probatorio acopiado en autos, no encuentra la Sala elementos que, en suma, conlleven a desvirtuar dicha presunción, particularmente, factores que permitan concluir que la actividad realizada por la demandante era autónoma.

---

<sup>2</sup> «Sea lo primero recordar que tal y como lo ha reiterado esta Sala, para la configuración del contrato de trabajo se requiere que esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor del demandado, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica –que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral-, no es menester su acreditación cuando la primera se hace manifiesta, pues en tal evento, lo pertinente es hacer uso de la prerrogativa legal prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo modificado por el artículo 2.º de la Ley 50 de 1990, según el cual «se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo».

De acuerdo con lo anterior, al actor le basta con probar en el curso de la litis su actividad personal, para que se presuma en su favor el vínculo laboral, y es al empleador a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción, evidenciando que la relación fue independiente y no subordinada.”

Así, se tiene que al expediente se allegó como prueba documental copia de una certificación expedida por el demandado Mauricio Merizalde el 04 de enero de 2020 (pág. 10, ibídem) en la que consta que la actora desempeñaba funciones en el establecimiento de comercio denominado Clínica Veterinaria Bogotá, de *«atención a pacientes, toma de muestras de laboratorio, toma de placas radiográficas y realización de suturas en perros y gatos»*, elementos, que a la postre, dan cuenta de la prestación personal del servicio.

Igualmente, fueron incorporadas copias de los comprobantes de egreso que dan cuenta de pagos efectuados a la actora mediante cheque; asimismo, respuesta a la petición efectuada por la actora, donde se le indica que la contratación fue carácter civil a través de un contrato de prestación de servicios, no de naturaleza laboral. Además, se le aportó con dicha comunicación el referido contrato, la hoja de vida y los comprobantes de pago realizados a la demandante. También se anexaron capturas de pantalla a la aplicación de mensajería *«Whatsapp»*, en la cual se observan comunicaciones entre la actora y el demandado (Págs. 11 a 47, ibidem). Documental que vale la pena aclarar, fue aportada por la demandante y que no fue tachada o desconocida por la accionada, que no aportó ningún elemento probatorio orientado a desvirtuar la naturaleza laboral de la relación que se presume.

Ninguno de los anteriores legajos, en criterio de esta Corporación, dan cuenta de la autonomía e independencia del actor en la labor contratada por la encartada, por el contrario, se verifica la entrega de tareas y la imposición de órdenes.

Ahora bien, con relación a la práctica de pruebas de la que se duele la parte accionada no tuvo la oportunidad de ejercer una correcta defensa y que no pudo presentar medios de prueba como los testimonios que le fueron decretados, incluso el interrogatorio de parte, elementos de probatorios que a su modo de ver resultaban imprescindibles para tomar decisión de fondo en favor de sus intereses; frente ello, sea lo primero recordarle a la recurrente, que según lo dispuesto en el artículo 51 de nuestra Obra Procesal, *«Son admisibles todos los medios de prueba establecidos en la ley...»*.

Teniendo en cuenta lo anterior, desliza la apoderada de la accionada, la posibilidad de que sean tenidas en cuenta dichos medios de prueba, incluso sean practicadas en esta instancia judicial, contrariando lo establecido en las normas procesales,

específicamente lo dispuesto en el art. 173 del CGP, aplicable a los juicios del trabajo en virtud de lo dispuesto en el artículo 145 del C.P.L., en donde se indica:

**«ARTÍCULO 173. OPORTUNIDADES PROBATORIAS.** *Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados para ello en este código.*

*En la providencia que resuelva sobre las solicitudes de pruebas formuladas por las partes, el juez deberá pronunciarse expresamente sobre la admisión de los documentos y demás pruebas que estas hayan aportado. El juez se abstendrá de ordenar la práctica de las pruebas que, directamente o por medio de derecho de petición, hubiera podido conseguir la parte que las solicite, salvo cuando la petición no hubiese sido atendida, lo que deberá acreditarse sumariamente. (...).*».

Sumado a lo anterior, recuérdese que las oportunidades para solicitar pruebas en el proceso laboral se contraen a la demanda, la reforma a la demanda o su respectiva contestación, conforme a los artículos 25, 28, y 31 del CPTSS. De igual modo, no puede pasarse por alto, que es a las partes a quienes les corresponde realizar los actos tendientes en procura de acreditar y/o probar los fundamentos facticos en que funda sus pretensiones, y no al juez, tal como lo establece el artículo 167 del CGP, según el cual, *«Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen»*.

Atendiendo entonces el tenor de los parámetros procesales aludidos, conviene precisar que la obligación de acreditar los hechos en que se fundan las reclamaciones y por ende suministrar los insumos probatorios para acreditar cada una de las tesis puestas en consideración del operador judicial, está inicialmente en cabeza de las partes, quienes a su vez tienen el deber de: *«Prestar al juez su colaboración para la práctica de pruebas y diligencias»*, a fin de contribuir con la agilidad y rapidez propios del procedimiento laboral .

En el caso de marras, respecto a los testimonios de los que se duele la recurrente no se practicaron, observa la Sala que en efecto fueron pedidos en la contestación de la demanda, que se escucharan los testimonios de Ximena Escobar, Marysol Velandia Salazar y Camilo Rojas Fierro, los cuales, fueron efectivamente decretados por el juez a quo en desarrollo de la audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS y así quedó consignado en la respectiva acta (*«17. ActaAud77.pdg»*), donde vale indicar no asistieron ni el accionada ni su apoderada.

Pese a lo anterior, no fue posible practicar dicha prueba, ni el del interrogatorio de parte al demandado, en razón a que, según indicó la apoderada del accionada se encontraban enfermos por un brote de Covid19, solicitando a su vez el aplazamiento de la diligencia, lo cual no fue aceptado por el juez a quo, en razón a que no se arrió prueba siquiera sumaria de tal circunstancia y por tanto, precluyó la oportunidad para la práctica de la prueba testimonial.

Frente a tal decisión, nada se adujo por parte de la interesada, de modo que no resulta oportuna y por tanto, extemporánea la solicitud que al respecto eleva la recurrente en esta instancia, dado que, según lo dispuesto en el artículo 83 del CPTSS, sólo resulta posible tal circunstancia, *«cuando en la primera instancia y sin culpa de la parte interesada se hubieren dejado de practicar pruebas que fueron decretadas»*, o cómo lo indica el artículo 84 ídem, cuando *«las pruebas pedidas en tiempo, en la primera instancia, practicadas o agregadas inoportunamente, servirán para ser consideradas por el superior cuando los autos lleguen a su estudio por apelación o consulta»*, lo cual no ocurre en la presente causa.

En ese orden, no puede pretender la parte recurrente subsanar su negligencia y falta de actividad en primera instancia, considerando la Sala que la petición ahora elevada es extemporánea y a todas luces improcedente, pues se insiste, debió desempeñar un papel activo en el recaudo de los medios de prueba que consideraba eran conducentes e imprescindibles para las resultas del proceso.

Frente a tal situación, no puede perderse de vista la máxima del derecho *«nemo auditur propriam turpitudinem allegans»* empleada para significar que nadie puede alegar a su favor su propia culpa, negligencia o torpeza para sacar provecho o derivar de ella algún beneficio, siendo aquí precisamente lo que en últimas aspira la parte accionada al querer subsanar al epílogo del proceso las falencias probatorias aquí advertidas en torno a derruir la presunción que recae sobre el vínculo que ató a las partes.

Así las cosas, como quiera que no se aportó ningún elemento de prueba tendiente a desvirtuar la subordinación, es claro que el verdadero vínculo jurídico contradice lo que informa el contrato de prestación de servicios formalmente suscrito entre las partes, el que por sí mismo no tiene la entidad suficiente para opacar la realidad de lo vivido entre las mismas, de allí que no pueda colegirse cosa distinta a que entre

el actor y la llamada a juicio existió una verdadera relación de trabajo, y bajo ese entendido, habrá de confirmarse la sentencia de primer grado en este aspecto, precisándose, la Sala se abstiene de analizar los condenas que de allí se derivaron por no haber sido tal asunto objeto de apelación.

Agotada como se encuentra la competencia de esta instancia por el estudio de los puntos objeto de apelación, lo que sigue es la confirmación de la sentencia de primera instancia, conforme a lo motivado.

**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 de primera instancia, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

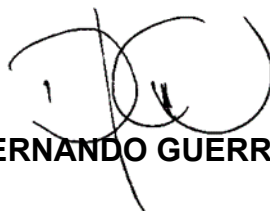
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**



**ELBIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA**



**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN.**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR DANIEL ALFREDO MONTAÑEZ MADERO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES (RAD. 36 2020 00088 01).**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado para presentar los alegatos de conclusión, 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

**S E N T E N C I A**

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida por la Juez Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 19 de mayo de 2022 (CD folio 97, récord: 34:31), en la que se resolvió:

*«PRIMERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -, de todas las pretensiones formuladas en su contra por el señor DANIEL ALFREDO MONTAÑEZ MADERO.*

*SEGUNDO: CONDENAR en costas al demandante. Liquidense como agencias en derecho la suma de \$300.000 por concepto de agencias en derecho.*

*TERCERO: CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en caso de no ser objeto del recurso de apelación por el extremo demandante».*

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la parte actora presentó recurso de apelación, para que sea revocada la decisión en todas sus partes, para tal fin, indicó el actor es beneficiario del régimen de transición por cuanto a la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones contaba con 52 años de edad y tiene cotizados 1286 semanas a Colpensiones, por tanto, debía aplicarse el Acuerdo 049 de 1990, artículo 20 y la tabla de salarios devengados en BANCOLDEX ajustados al tope máximo sobre el cual podía cotizar al Instituto de Seguros Sociales desde el 1° de mayo de 1973 y el mes de mayo de 1978, y entre el 17 de agosto

1980 y el 23 de enero entre 1984, según la sentencia proferida por el Juzgado 14 del Circuito de Bogotá. Tiempos que fueron pagados por el empleador BANCOLDEX por medio de un cálculo actuarial por la suma de \$589.000.440, lo cual no se veía expuesto dentro de la historia laboral<sup>1</sup>.

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 actor en este proceso, las pretensiones relacionadas en la demanda y subsanación (fls. 2 y 3), las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos enumerados en el acápite respectivo (3 a 5), solicitando se condene a COLPENSIONES a reliquidar su pensión de vejez prevista en el Acuerdo 049 de 1990, tomando como base toda la vida laboral, conforme lo establecido en los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, al pago de las diferencias que resulten entre la mesada reliquidada y la mesada pagada; al pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, lo ultra y extra petita y las costas del proceso. Obteniendo sentencia desfavorable a sus aspiraciones** por cuanto se absolvió a COLPENSIONES de todas las pretensiones, tras considerar que contrario a lo señalado por el libelista al verificar el acto administrativo mediante el cual se reliquidó la pensión de vejez en la aplicación del Acuerdo 049 de 1990, conforme al régimen de transición, esto es, la Resolución SUB 276076 del 23 de octubre del 2018, los referidos períodos de tiempo sí fueron contabilizados en el cálculo de la mesada, anotando, que previo a su incorporación el demandante era acreedor de la pensión en los términos de la Ley 71 de 1988. En ese sentido, encontró de la liquidación realizada por Colpensiones al momento de determinar el monto de la pensión del actor, que para obtener el IBL se efectuaron los cálculos tanto con los últimos 10 años como con toda la vida laboral del accionante tal como lo preceptúa el artículo 21 de la ley 100 de 1993 y tuvo en cuenta

---

<sup>1</sup> **Récord 35:20:** Muchas gracias su señoría. Dentro de la oportunidad procesal pertinente presento recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en audiencia a efectos de que el honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, revoque en todas sus partes la sentencia atacada en la cual fundamento mi recurso en los siguientes términos: El señor Daniel Alfredo Montaña Madero nació el 13 de octubre de 1944, razón por la cual a la fecha de entrada de vigencia del sistema general de pensiones contaba con 52 años de edad. Adicionalmente los 60 años de edad los acreditó el 13 de octubre del 2001. Cotizó 1286 semanas a Colpensiones, tal como se demuestra en la historia laboral expedida dicha entidad.

Liquidación de la pensión. Como quiera que nos encontramos ante la aplicación del acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 751 del mismo año, se le debe aplicar lo consagrado en el artículo 20 de la disposición en comento. La tabla de salarios devengados en Bancoldex ajustados al tope máximo de salarios sobre el cual podía cotizar al Instituto de Seguros Sociales desde el 1° de mayo de 1973 y el mes de mayo de 1978, y entre el 17 de agosto 1980 y el 23 de enero entre 1984, sentencia que fue expuesta dentro de las pruebas de la demanda, dentro del Juzgado 14 del Circuito de Bogotá, tal como lo expidió.

Ahora bien, solicito que se tengan en cuenta esos tiempos que fueron expuestos, ya que BANCOLDEX ha pagado un cálculo actuarial por la suma de 589.000.440, lo cual no se ve expuesto dentro de la historia laboral, ni tampoco actualizada del señor aquí demandante. Por las anteriores razones, solicito a los honorables magistrados para que tengan en cuenta el sustento de este.

los salarios cotizados de acuerdo a la historia laboral consolidada aportada al plenario, liquidación en la que se obtuvo un ingreso hacia liquidación de toda la vida de visiblemente inferior a la de los últimos 10 años y que tomó la encartada al momento de otorgar la prestación.

Además de lo anterior, señaló, una vez realizados los cálculos aritméticos de rigor, la prestación con los tiempos de toda la vida laboral, tanto el IBL como el monto de la prestación y aplicando la tasa de reemplazo del 90%, resultó inferior a la mesada reconocida por Colpensiones, precisando, se tuvieron en cuenta las 1286 semanas efectivamente cotizadas a esa entidad. Resaltó que si la parte considerara que los salarios incorporados a la historia laboral con ocasión del pago al cálculo actuarial no corresponden a la realidad, el presente asunto no es la vía para efectuar la corrección, puesto que la inclusión de aquellas semana se ventiló en otro proceso y es en la ejecución del mismo que debe debatir si efectivamente se dio el cumplimiento del pago del cálculo actuarial con los salarios efectivamente cotizados por el demandante durante el tiempo que laboró para BANCOLDEX, pues al efectuar los cálculos aritméticos de rigor teniendo en cuenta el IBC con el cual se hizo el cálculo actuarial, el monto de la pensión que concedió Colpensiones se encuentra ajustada a derecho.

Indicó no se tenían en cuenta las semanas laboradas en el sector público en los períodos correspondientes al 18 de enero de 1968 al 30 de marzo de 1973 y del 26 de enero de 1984 al 2 de enero de 1985, que si bien se reseñan dentro de los actos administrativos, no fueron tenidos en cuenta, precisando si bien la más reciente jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia admiten la sumatoria de tiempos públicos y privados para el reconocimiento de la pensión de vejez, de acuerdo a lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, no era menos cierto que en el presente asunto, la demanda no fue encaminada en ese sentido, sin que fuera posible aplicar las facultades ultra y extra petita, por cuanto ello no fue objeto de discusión en el proceso, por tanto entrar a estudiarlo vulneraría el principio de congruencia y el derecho de defensa y contradicción de Colpensiones, entidad que no se pronunció sobre este aspecto en la contestación de la demanda.

Establecidos los antecedentes procesales se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto 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 appellatum*).



Conforme a lo anterior, debe precisarse inicialmente, constituyen hechos probados al interior del plenario, sobre los cuales no se presenta controversia en ésta instancia, que el actor acreditó la edad de 60 años el 13 de octubre del 2001, hecho que se desprende de la copia del documento de identidad obrante a folio 12; así mismo, que le fue reconocida pensión de vejez por Resolución No. 06853 del 09 de diciembre del 2009 en virtud de la Ley 71 de 1985 por ser beneficiario del régimen de transición, a partir del 1° de septiembre de 2009 en cuantía de \$3.158.605 tras obtener un IBL de \$4.221.473 y aplicar una tasa de reemplazo del 75% (fls. 24 a 27), prestación que fue objeto de reliquidación por acto administrativo GNR 76454 del 12 de marzo del 2015 correspondiéndole como valor de mesada \$3.474.682 a partir del 11 de junio de 2011, y posteriormente, se reliquidó por medio de las Resoluciones SUB 276076 del 23 de octubre de 2018, SUB308998 del 27 de noviembre de 2018 y DIR 21249 del 07 de diciembre de 2018 en las cuales se dio aplicación al Acuerdo 049 de 1990 y resultó una mesada para el año 2011 aplicada por Colpensiones para efectos de del retroactivo, por efectos de la prescripción, de \$4.397.541 (fls. 63 a 85).

Aunado a lo anterior, se encuentra acreditado que mediante sentencia proferida por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá el 16 de septiembre de 2009, se declaró que el BANCO DE COMERCIO DE EXTERIOR DE COLOMBIA S.A. BANCOLDEX era el responsable del reconocimiento de los aportes pensionales del hoy demandante, en consecuencia, debía transferir al ISS las cotizaciones para cubrir el riesgo de vejez del actor por el tiempo comprendido entre el 01 mayo de 1973 y el mes de mayo de 1978 y entre el 17 de agosto de 1982 y el 23 de enero de 1984 (fls. 13 a 23), decisión confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá mediante fallo del 28 de febrero de 2011<sup>2</sup> y a su vez, no fue casada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia mediante la sentencia SL437-2018 radicación 52187 del 28 de febrero de 2018 (fls. 28 a 58), igualmente se aportó prueba del pago del cálculo actuarial por parte de BANCOLDEX por valor de \$598.840.076 (fls. 60 y 61), acreditándose los referidos periodos en el reporte de semanas cotizadas, aportado con la contestación de la demanda<sup>3</sup> y en efecto fueron tenidas en cuenta por Colpensiones para reajustar la prestación por vejez en los términos anteriormente indicados.

Entonces, partiendo de la base no controvertida de que el accionante es titular de una pensión de vejez regulada por la Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición, así como que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994- le faltaban menos de 10 años para acceder al derecho pensional

<sup>2</sup> Página web [Consulta de Procesos por Número de Radicación- Consejo Superior de la Judicatura \(ramajudicial.gov.co\)](http://ramajudicial.gov.co)

<sup>3</sup> Expediente digital. Archivo «02. Contestación.pdf». págs. 30 a 38

(7 años, 5 mes y 4 días), por haber nacido el 13 de octubre del 1941, empero por haber configurado los requisitos para acceder a la prestación el 01 de septiembre del 2009 (fls. 25 a 27), debe anotarse de antemano, y previo a cualquier disquisición, frente al tema del ingreso base de liquidación de la pensión, para los beneficiarios del régimen de transición, le faltaban más de 10 años para adquirir o configurar el derecho a la pensión como es caso que nos ocupa (15 años, 4 mes y 11 días), debe darse aplicación a lo 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, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE, 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, situación aplicable al caso de autos en tanto el señor MONTAÑEZ MADERO cuenta con 1286 semanas en total, conforme a la historia laboral aportada por Colpensiones (págs. 30 a 38, archivo «02. Contestación.pdf»).

Así las cosas, es clara la procedencia del cálculo del IBL del actor con el promedio de lo devengado tanto en toda su vida laboral, para lo cual, se deben incluir desde luego los aportes pagados por BANCOLDEX por medio del cálculo actuarial, que en efecto, aparecen registrados en la historia laboral del 01/05/1973 a 31/05/1978 y del 01/08/1980 a 31/01/1984 con sus respectivos ingresos base de cotización, precisándose en primer lugar, que si bien el recurrente hace mención a una tabla de salarios devengados en BANCOLDEX ajustados al tope máximo, no existen parámetros o medios de prueba para establecer a que montos se refiere; y, en segundo lugar, frente a la sentencia que ordenó unos pagos en tal sentido, lo cierto es que ya aparecen registrados los tiempos laborados para esa entidad, así como los valores correspondientes al IBC en la historia laboral que constituyen el insumo tanto para la entidad administradora como para la autoridad judicial en aras de calcular el ingreso base de liquidación y la mesada pensional, de modo que si pretende se modifiquen, tal como lo esgrimió la juez a quo, debe ventilar la controversia a través de la ejecución de la sentencia que así lo ordenó, no a través del presente proceso ordinario.

Con la precisión anterior y afectos de establecer si la liquidación de la pensión del promotor del litigio presenta inconsistencias, procede esta Sala de decisión a realizar las operaciones aritméticas correspondientes, para lo cual se tendrán en cuenta los IBC reportados en la historia laboral de folios actualizada a 15 de diciembre de 2020, incorporada por Colpensiones.

Conforme a lo anterior, con el apoyo del Grupo liquidador creado por el Consejo Superior de la Judicatura, se realizaron los cálculos matemáticos los cuales se incorporan como parte integrante de esta sentencia, anexándolos al plenario y que arrojaron como IBL de los aportes de toda su vida laboral (que fueron los solicitados en la demanda y los considerados por la juez en la sentencia), tomándolos a septiembre de 2009, la suma de \$3.798.775,71 al cual se le aplica una tasa de remplazo equivalente al 90% atendiendo el número de semanas cotizadas y que por demás no está siendo discutida, para una mesada pensional de \$3.418.898,14 para el año 2009, cifra que actualizada hasta el año 2011, fecha de la reliquidación efectuada por Colpensiones en la Resolución SUB 308998 de 27 de noviembre de 2018 (fls. 69 a 79), arroja la suma de \$3.597.823:

| Cálculo Toda la vida Laboral |          |                                |           |                      |                         |                     |                  |
|------------------------------|----------|--------------------------------|-----------|----------------------|-------------------------|---------------------|------------------|
| AÑO                          | Nº. Días | IPC inicial                    | IPC final | Factor de indexación | Sueldo promedio mensual | Salario actualizado | Salario anual    |
| 1973                         | 245      | 0,160                          | 69,80     | 436,250              | \$ 6.433,00             | \$ 2.806.396,25     | \$ 22.918.902,71 |
| 1974                         | 365      | 0,190                          | 69,80     | 367,368              | \$ 7.982,00             | \$ 2.932.334,74     | \$ 35.676.739,30 |
| 1975                         | 365      | 0,250                          | 69,80     | 279,200              | \$ 10.085,00            | \$ 2.815.732,00     | \$ 34.258.072,67 |
| 1976                         | 366      | 0,290                          | 69,80     | 240,690              | \$ 11.877,00            | \$ 2.858.671,03     | \$ 34.875.786,62 |
| 1977                         | 365      | 0,360                          | 69,80     | 193,889              | \$ 14.937,00            | \$ 2.896.118,33     | \$ 35.236.106,39 |
| 1978                         | 365      | 0,470                          | 69,80     | 148,511              | \$ 22.922,04            | \$ 3.404.167,36     | \$ 41.417.369,56 |
| 1979                         | 365      | 0,560                          | 69,80     | 124,643              | \$ 34.623,53            | \$ 4.315.576,23     | \$ 52.506.177,50 |
| 1980                         | 366      | 0,720                          | 69,80     | 96,944               | \$ 45.059,94            | \$ 4.368.311,10     | \$ 53.293.395,47 |
| 1981                         | 365      | 0,900                          | 69,80     | 77,556               | \$ 64.296,84            | \$ 4.986.576,81     | \$ 60.670.017,81 |
| 1982                         | 365      | 1,140                          | 69,80     | 61,228               | \$ 92.172,05            | \$ 5.643.517,04     | \$ 68.662.790,64 |
| 1983                         | 365      | 1,410                          | 69,80     | 49,504               | \$ 80.638,03            | \$ 3.991.868,31     | \$ 48.567.731,06 |
| 1984                         | 123      | 1,650                          | 69,80     | 42,303               | \$ 57.878,45            | \$ 2.448.433,70     | \$ 10.038.578,19 |
| 1985                         | 365      | 1,950                          | 69,80     | 35,795               | \$ 54.630,00            | \$ 1.955.473,85     | \$ 23.791.598,46 |
| 1986                         | 334      | 2,380                          | 69,80     | 29,328               | \$ 54.630,00            | \$ 1.602.173,95     | \$ 17.837.536,64 |
| 1995                         | 300      | 18,250                         | 69,80     | 3,825                | \$ 1.263.800,00         | \$ 4.833.602,19     | \$ 48.336.021,92 |
| 1996                         | 289      | 21,800                         | 69,80     | 3,202                | \$ 1.227.222,84         | \$ 3.929.364,86     | \$ 37.852.881,53 |
| 1997                         | 360      | 26,520                         | 69,80     | 2,632                | \$ 1.089.366,67         | \$ 2.867.186,78     | \$ 34.406.241,33 |
| 1998                         | 360      | 31,210                         | 69,80     | 2,236                | \$ 1.357.331,83         | \$ 3.035.621,98     | \$ 36.427.463,75 |
| 1999                         | 360      | 36,420                         | 69,80     | 1,917                | \$ 1.520.184,50         | \$ 2.913.478,26     | \$ 34.961.739,08 |
| 2000                         | 294      | 39,790                         | 69,80     | 1,754                | \$ 1.964.340,14         | \$ 3.445.864,33     | \$ 33.769.470,39 |
| 2001                         | 360      | 43,270                         | 69,80     | 1,613                | \$ 2.373.166,67         | \$ 3.828.218,94     | \$ 45.938.627,22 |
| 2002                         | 360      | 46,580                         | 69,80     | 1,498                | \$ 3.225.000,00         | \$ 4.832.653,50     | \$ 57.991.841,99 |
| 2003                         | 360      | 49,830                         | 69,80     | 1,401                | \$ 4.400.000,00         | \$ 6.163.355,41     | \$ 73.960.264,90 |
| 2004                         | 358      | 53,070                         | 69,80     | 1,315                | \$ 4.831.843,58         | \$ 6.355.053,36     | \$ 75.836.970,04 |
| 2005                         | 180      | 55,990                         | 69,80     | 1,247                | \$ 5.143.333,33         | \$ 6.411.942,61     | \$ 38.471.655,65 |
| 2006                         | 58       | 58,700                         | 69,80     | 1,189                | \$ 10.200.000,00        | \$ 12.128.790,5     | \$ 23.448.994,89 |
| 2007                         | 238      | 61,330                         | 69,80     | 1,138                | \$ 3.141.428,57         | \$ 3.575.276,61     | \$ 28.363.861,08 |
| 2008                         | 90       | 64,820                         | 69,80     | 1,077                | \$ 2.307.000,00         | \$ 2.484.242,52     | \$ 7.452.727,55  |
| 2009                         | 316      | 69,800                         | 69,80     | 1,000                | \$ 2.175.607,59         | \$ 2.175.607,59     | \$ 22.916.400,00 |
| Total días                   | 9002     | Total devengado actualizado a: |           |                      |                         | 2009                | \$ 1.139.885.964 |
| Total semanas                | 1286,00  | Ingreso Base Liquidación       |           |                      |                         | \$ 3.798.775,71     |                  |
| Total Años                   | 24,83    | Porcentaje aplicado            |           |                      |                         | 90%                 |                  |
| Primera mesada               |          |                                |           |                      |                         |                     | \$ 3.418.898,14  |

| Fecha final | Incremento % | Evolución mesada calculada |
|-------------|--------------|----------------------------|
| 2009        | 7,67%        | \$ 3.418.898,00            |
| 2010        | 2,00%        | \$ 3.487.276,00            |
| 2011        | 3,17%        | \$ 3.597.823,00            |

La referida suma, resulta ostensiblemente inferior a la reconocida por Colpensiones en dicho acto administrativo por **\$4.397.541**, por lo que en efecto no le asiste derecho al demandante de obtener la reliquidación de su pensión; y en ese orden, dado que la juez de primera instancia arrojó a similares conclusiones esta Sala de Decisión debe confirmar lo allí decidido.

De esta manera agotada la competencia de la Sala por los motivos de apelación propuestos, se confirmará la sentencia de primer grado, conforme lo analizado en precedencia.

**SIN COSTAS** en esta instancia.

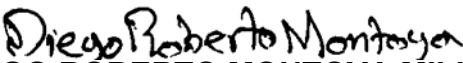
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

### **R E S U E L V E**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, conforme las razones expuestas en la parte motivan de esta providencia.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

  
**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

  
**ELBIA 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 EDUAR HUMBERTO MURILLO MURILLO CONTRA INVERSIONES STYLES S.A.S., FLOR VIRGINIA CORREDOR ALBORNOZ y ANA CAROLINA LARA CORREDOR<sup>1</sup> (RAD. 38 2016 00980 02).**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado a las partes para alegar de conclusión, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, con fundamento en el artículo 13 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 ocasión del recurso de apelación interpuesto por la demandada INVERSIONES STYLE S.A.S., contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 28 de enero de 2022 (Exp. Digital: «2016-980 ActaSentenciaCondena 20220128 - jp.pdf», «AUD ART 80 - 2016-980 (cto trabajo) OP-20220128\_094859-Grabación de la reunión 1.mp4», récord 11:59), en la que se resolvió:

**«PRIMERO: DECLARAR** que entre el señor EDUAR HUMBERTO MURILLO MURILLO en calidad de trabajador y la demanda INVERSIONES STYLE S.A.S. en condición de empleadora, existió un contrato de trabajo sometido a las reglas de los contratos de trabajo a término indefinido, vigente, al menos, entre 31 de mayo de 2015 y el 1 de febrero del año 2016, periodo en el cual el demandante percibió un salario promedio mensual de \$1'200.000. Lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

**SEGUNDO: CONDENAR** a INVERSIONES STYLE S.A.S. a pagar al demandante EDUAR HUMBERTO MURILLO MURILLO las siguientes sumas por los conceptos que a continuación se indican:  
a-\$856.411 por auxilio de cesantías.  
b-\$102.769 por intereses de cesantías.

<sup>1</sup> Si bien inicialmente el proceso se dirigió con contra Peluquería Macho S.S.A. y los señores JAVIER MUNEVAR CUCA, JAVIER MURILLO IDARRAGA, CARMEN ROSA HERNÁNDEZ DE SOCHA, ÁLVARO ROJAS CHISCO y JUAN MANUEL HERNÁNDEZ, el accionante en desarrollo de la audiencia de que trata el Art. 77 del CPTSS (Archivo 2016-980 AudienciaArt77 20210903 (jp).pdf), desistió de las pretensiones contra los mismos, continuándose el proceso únicamente contra Inversiones Style SAS y las señoras Flor Virginia Corredor Albornoz y Ana Carolina Lara Corredor.

c-\$856.411 por prima de servicios.

d-\$403.333 por vacaciones.

e-\$28'800.000 a título de indemnización por falta de pago los términos del artículo 65 del código sustantivo de trabajo modificado por el artículo 29 de la ley 789 del 2002.

Las condenas reseñadas a título de intereses de cesantías y compensaciones en dinero de vacaciones, deberán indexadas tomando para el efecto el IPC que certifique el DANE de acuerdo con la fórmula:

*INDICE FINAL sobre INDICE INICIAL por VALOR HISTORICO que corresponde al valor de cada una de estas condenas, igual VALOR INDEXADO.*

*Como índice inicial deberá tomarse el del mes de febrero del año 2016 y como fecha final, como índice final, perdón, el de mes en que se verifique el pago por parte de la accionada.*

**TERCERO: ABSOLVER** a INVERSIONES STYLE S.A.S., de la pretensión relacionada con la sanción por la no consignación de las cesantías en un fondo.

**CUARTO: ABSOLVER** a las demandadas FLOR VIRGINIA CORREDOR ALBORNOZ y ANA CAROLINA LARA CORREDOR de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Lo anterior por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia

**QUINTO: EXCEPCIONES**, dadas las resultas del juicio, el Despacho **DECLARARÁ NO PROBADAS** las propuestas respecto de las condenas infligidas y se considera relevado del estudio de las planteadas, en relación con las absoluciones producidas. Siendo pertinente señalar, en relación con la excepción de prescripción, que la misma no se configura, en tanto que el contrato de trabajo del demandante habría estado vigente entre 31 de mayo de 2015 y el 1º de febrero del 2016, se efectuó reclamo o interrupción extra judicial de la prescripción el 15 de septiembre del año 2017, y se interpuso la acción judicial por vía reforma de la demanda el 25 de septiembre del año 2017, esto es dentro del término renovado de 3 años, con que contaba el demandante para iniciar la acción judicial, amén (sic) que en todo caso, pues las gestiones de notificación se cumplieron dentro del término de los 3 años renovados a los que se ha hecho alusión, pues por lo que no opera el fenómeno prescriptivo.

**SEXTO: COSTAS** lo serán a cargo de INVERSIONES STYLE S.A.S., en firme la presente providencia por Secretaría, practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$2'000.000 en favor del demandante».

Inconforme con la decisión, la demandada la apeló, solicitando su revocatoria.

Con ese propósito indica, la totalidad de las pretensiones que fueron incoadas en este proceso se encuentran totalmente prescritas, pues datan del año 2015 al 2016 y teniendo en cuenta el auto por medio del cual se admitió la reforma de la demanda fue proferido el 13 de julio del año 2018, para efectos de interrumpir la prescripción, de conformidad con lo establecido en el artículo 94 del CGP se le ha debido notificar dentro del año siguiente de esta providencia, esto es, a más tardar el 17 de julio del año 2019, sin embargo, está demostrado en el presente caso que para el día 1º de febrero del año 2021, fecha en la que se señaló primera audiencia, no se había realizado el trámite de notificación a ninguna de las demandadas, y fue hasta este momento que el juzgado requirió al demandante para que notificará a

INVERSIONES STYLE, FLOR VIRGINIA CORREDOR y ANA CAROLINA LARA, lo cual se efectuó hasta el año 2021, cuando habían transcurrido más de 5 años desde la finalización de la relación comercial, 4 años si se tiene en cuenta la reclamación presentada para efectos de interrumpir la prescripción, por lo cual, reiteró que todas las pretensiones de la demanda se encuentran afectadas por el fenómeno de la prescripción.

En segundo lugar, señaló no estar de acuerdo con la decisión proferida, pues se logró demostrar dentro del proceso que la prestación de servicios efectuada por el señor EDUAR MURILLO, se dio en cumplimiento del desarrollo de un contrato de concesión comercial, contrato de concesión, por medio del cual NVERSIONES STYLE, hoy en liquidación, entregó concesión al demandante un espacio o cubículo, consistente en una silla, espejo y tocador, para que el profesional de la belleza ejecutara sus actividades como estilista. Actividades que fueron desarrolladas con total autonomía por parte del profesional de la belleza, quien era quien determinaba que clientes atendida, en que horario los atendía, quien tenía las herramientas para hacerlo, además compraba los tintes, champús, queratinas y demás procedimientos que debía realizar, sin que la accionada tuviera alguna injerencia en las actividades realizadas, siendo la única actividad que realizaba INVERSIONES STYLE proveerle el espacio físico para que este desarrollará sus actividades. Por lo tanto, estaba bajo la creencia y convicción de estar en presencia de un contrato de concesión, el cual es el contrato tradición, que se usa en todas las peluquerías de nuestro país.

Concluyó así, que quedó demostrado que INVERSIONES STYLE no utilizó este medio, este tipo de contrato para adeudar o pasar por alto las obligaciones laborales de sus trabajadores, porque no los consideraba como trabajadores sino como unos contratantes comerciales, actuando, demostrándose así la buena fe de mi representada al actuar bajo la convicción de no estar en ningún contrato de trabajo<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> «Si señor juez, interpongo recurso de apelación contra la decisión proferida por su despacho, el cual sustento en los siguientes términos: Tal y como se indicó es importante reiterar que la totalidad de las pretensiones que fueron incoadas en este proceso se encuentran totalmente prescritas, esto teniendo en cuenta que los beneficios que fueron reclamados datan del año 2015 al 2016, teniendo en cuenta el auto por medio del cual se admitió la reforma de la demanda fue proferido el 13 de julio del año 2018, y que para efectos de interrumpir la prescripción, de conformidad con lo establecido en el artículo 94 del código general del proceso aplicable por analogía al procedimiento laboral, la parte demandante ha debido notificar a mi representada dentro del año siguiente de esta providencia, esto es, a más tardar el 17 de julio del año 2019, en el presente caso se encuentra plenamente demostrado que para el día 1 de febrero del año 2021, fecha en la que se señaló primera audiencia, no se había realizado el trámite de notificación a ninguna de las demandadas, y que fue hasta este momento que el juzgado requirió al demandante para que notificará a INVERSIONES STYLE, FLOR VIRGINIA CORREDOR y ANA CAROLINA LARA, esto es la notificación se efectuó hasta el 21, se efectuó hasta el año 2021, esto es cuando habían transcurrido más de 5 años desde la finalización de la relación comercial, y 4 años si tenemos en cuenta la reclamación presentada para efectos de interrumpir la prescripción, por lo que reiteramos que todas las pretensiones de la demanda se encuentran afectadas por el fenómeno de la prescripción.

En segundo lugar, no estamos conformes con la decisión proferida por su despacho pues consideramos que si se logró demostrar dentro del proceso que la prestación de servicios efectuada por el señor EDUAR MURILLO, se dio en cumplimiento del desarrollo de un contrato de concesión comercial, contrato de concesión, por medio del cual NVERSIONES STYLE hoy en liquidación, entregó concesión al

(Récord 16:03 «AUD ART 80 - 2016-980 (cto trabajo) OP-20220128\_094859-Grabación de la reunión 1.mp4»).

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 EDUAR HUMBERTO MURILLO MURILLO en este ordinario, las pretensiones relacionadas en la reforma de la demanda vistas a páginas 133 a 135 del archivo «2016-980 CUADERNO PRINCIPAL.pdf», las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados a páginas 129 a 133, aspirando se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo, desde el 15 mayo de 2015 hasta el 07 de febrero de 2016. En consecuencia, se condene a la demandada y solidariamente a las señoras FLOR VIRGINIA CORREDOR ALBORNOZO y ANA CAROLINA LARA CORREDOR, a reconocer y pagar a su favor las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, sanción moratoria del art. 65 del CST y la sanción moratoria a que se refiere el numeral 3° del artículo 99 de la ley 50 de 1990. Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones, por cuanto se declaró la existencia de un contrato de trabajo con la sociedad INVERSIONES STYLE S.A.S. en LIQUIDACIÓN entre 31 de mayo de 2015 y el 1° de febrero del año 2016. Se condenó a esta última a pagar al demandante las acreencias laborales causadas a su favor, incluyendo la sanción del artículo 65 del CST. Lo anterior, tras considerar que, con las pruebas recaudadas, interrogatorio de parte, testimonios y en especial las documentales se encontraba probada la prestación personal del servicio del actor a favor de la convocada a juicio, por lo que en aplicación de la presunción contenida en el artículo 24 del C.S.T., la que no encontró desvirtuada, concluyendo así, que la relación que ató a las partes tenía carácter laboral. Declaró no probada la excepción de**

---

*demandante un espacio o cubículo, consistente en una silla, espejo y tocador, para que el profesional de la belleza ejecutara sus actividades como estilista. Actividades que fueron desarrolladas con total autonomía por parte del profesional de la belleza, quien era quien determinaba que clientes atendida, en que horario los atendía, quien tenía las herramientas para hacerlo, quien además compraba los tintes, shampoos, keratinas y demás procedimientos que debía realizar, sin que mi representada tuviera alguna injerencia en las actividades que el realizaba. La única actividad que realizaba, que se realizaba por parte de NVERSIONES STYLE fue proveerle el espacio físico para que este desarrollará sus actividades. Por lo que nos encontramos bajo la creencia, total creencia y convicción de estar en presencia de un contrato de concesión, el cual valga la pena aclarar es el contrato tradición, que se usa en todas las peluquerías de nuestro país.*

*Así pues, queda demostrado que INVERSIONES STYLE no utilizó este medio, este tipo de contrato para adeudar o pasar por alto las obligaciones laborales de sus trabajadores, porque no los consideraba como trabajadores sino como unos contratantes comerciales, actuando, demostrándose así la buena fe de mi representada al actuar bajo la convicción de no estar en ningún contrato de trabajo. Así las cosas, señor juez dejo sentando el recurso de apelación para que el honorable Tribunal lo resuelva en lo pertinente. Muchas gracias».*



prescripción, por cuanto se efectuó reclamo o interrupción extra judicial de la prescripción el 15 de septiembre del año 2017, y se interpuso la acción judicial por vía reforma de la demanda el 25 de septiembre del año 2017, esto es, dentro del término renovado de 3 años, con que contaba el demandante para iniciar la acción judicial, amén que en todo caso, pues las gestiones de notificación se cumplieron dentro del término de los 3 años renovados a los que se ha hecho alusión, pues por lo que no operó el fenómeno prescriptivo.

Establecido lo anterior se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto 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 appellatum).

Precisado lo anterior y con el ánimo de dar desarrollo a los puntos esgrimidos, de señalarse inicialmente, en los juicios del trabajo es primordial para el Juez establecer si existe o no contrato de trabajo, que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales y, acreditados los extremos, 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 EDUAR HUMBERTO MURILLO MURILLO como trabajador y la sociedad INVERSIONES STYLE, hoy en liquidación, como empleador, existió contrato de trabajo del 31 de mayo de 2015 al 1° de febrero del 2016, tal como lo halló demostrado el Juez de primera.

En autos, la existencia o no de un contrato de trabajo resulta ser justamente el distanciamiento principal entre las partes, en tanto su declaración judicial constituye la pretensión principal del demandante, mientras que la traída a juicio se opone al afirmar que se trató de un contrato de concesión, de naturaleza comercial, razón por la cual precisa la Sala, no tiene importancia la denominación que al mismo le asignen las partes, ni que se halle regido por estipulaciones especiales, pues lo que configura el contrato de trabajo es la forma como se ejecuta la prestación, es decir, debe hacerse primar la realidad sobre la apariencia formal, de acuerdo con el artículo 53 Constitucional y el entendimiento jurisprudencial y doctrinal en torno al tema.

Así pues, para continuarse con el estudio que se propone ante ésta Corporación, debe advertirse, el Juez a quo encontró acreditada la prestación personal del servicio por parte de la accionante como uno de los elementos esenciales de todo contrato de trabajo, circunstancia que no fue objeto de apelación; en esa dirección, 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 las partes aquí en contienda, correspondiendo por tanto a la parte demandada desvirtuar su existencia. Al respecto, puede consultarse la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, CSJ SL2480-2018 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia<sup>3</sup>.

Así las cosas, atendiendo a los argumentos de la parte accionada en su alzada, procede la Sala con el estudio del acervo probatorio vertido autos, a efectos de determinar conforme a la presunción legal de que trata el artículo 24 del C.S.T., si se corrobora en la relación vivida entre las partes la mediación de la subordinación en virtud de la presunción citada o si por lo contrario se desvanece, demostrándose que las actividades fueron desarrolladas con total autonomía por parte del profesional de la belleza.

En ese orden, se practicó interrogatorio de parte al representante legal de la sociedad demandada y liquidador de la misma, quien indicó que si bien desconocía los términos en que se dio la vinculación del demandante con Inversiones Style SAS, pero dio cuenta de que éste efectivamente sí prestaba sus servicios para la misma dentro de lo que llamó un contrato de concesión o de arrendamiento dentro del local o establecimiento de comercio de la sociedad, donde realizaba sus actividades como estilista.

En esos mismo términos, rindieron interrogatorio de parte las señoras FLOR VIRGINIA CORREDOR ALBORNOZO y ANA CAROLINA LARA CORREDOR, socias de la demandada, en similares términos precisando que en efecto el actor prestó sus servicios como estilista en el establecimiento de comercio, pero bajo la

---

<sup>3</sup> «Sea lo primero recordar que tal y como lo ha reiterado esta Sala, para la configuración del contrato de trabajo se requiere que esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor del demandado, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica –que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral-, no es menester su acreditación cuando la primera se hace manifiesta, pues en tal evento, lo pertinente es hacer uso de la prerrogativa legal prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo modificado por el artículo 2.º de la Ley 50 de 1990, según el cual «se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo».

De acuerdo con lo anterior, al actor le basta con probar en el curso de la litis su actividad personal, para que se presuma en su favor el vínculo laboral, y es al empleador a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción, evidenciando que la relación fue independiente y no subordinada.”

figura de concesión de un espacio dentro del mismo, el cual se concretó de forma verbal, por lo que las actividades eran desarrolladas de forma independiente y autónoma, pues cada quien manejaba su tiempo de acuerdo a su disponibilidad, programando las citas de sus propios clientes y eventualmente decidía si atendía otros clientes, precisando que cada uno ponía o fijaba los precios por su trabajo, aunque había un precio base, y de lo producido se le pagaban unos porcentajes.

De otra parte, se recibió el testimonio del señor MARIO GRAJALES quien dijo conocer al actor por haber sido compañeros de trabajo, y en términos generales relata haber conocido al demandante como compañeros de trabajo, sin embargo, no pudo dar cuenta de las condiciones en que se pactó la vinculación, pero sí indicó que desarrollaba actividades de estilista, donde cumplían horarios, que las herramientas como la máquina, secador y tijeras eran propios, los insumos como lacas, tintes, gel o cera, los suministraba la peluquería y semanalmente se los descontaban, podían llevar sus propios insumos. Que los clientes llegaban a la peluquería y se iban atendiendo en orden de llegada y los iba atendiendo el estilista que estuviera desocupada; que el pago era semanal conforme a lo trabajado, con los respectivos descuentos o porcentajes a favor de la empresa; debían utilizar uniformes que también les era descontado, que alguna vez el actor llegó tarde y le llamaron la atención. Que, si no se cumplía el horario, lo ponían en el orden de atención al final de los turnos y que debían pedir permisos; que las instrucciones las brindó la señora Carolina Lara.

Asimismo, el señor JAIRO ABEL NOVA LÓPEZ quien dijo haber laborado con la demandada en el área de contabilidad, mencionó haber visto algunas veces al actor en el local comercial donde funcionaba Inversiones Style, que no recuerda con exactitud las veces que lo vio porque poco pasaba por ahí; relató en torno a la vinculación, que tenía entendido que ellos tenían un contrato de concesión comercial donde la empresa les da un espacio, un tocador y un espejo para que ejercieran la profesión de peluquería con sus clientes, lo cual sabe, por hacer la contabilidad de la demandada por espacio de 6 a 8 años, del 2009 a 2016 o 2017; de este modo sólo sabía de los ingresos del actor, de modo que no supo mencionar como era el pago, pero que los propietarios le comentaban sobre el tema, en lo demás no aportó mayores elementos para determinar cómo se prestó el servicio.

No se aportaron elementos probatorios documentales relevantes para resolver la controversia.

Así las cosas, analizado en su integridad el acervo probatorio acopiado en autos, no encuentra la Sala elementos que, en suma, conlleven a desvirtuar la referida presunción, particularmente, factores que permitan concluir que la actividad realizada por el demandante era autónoma. Pues en efecto, ninguno de los testimonios arrimados, en especial el traído por la accionada y desde luego, de lo dicho en los interrogatorios de parte no se cuenta con soporte probatorio, por lo que en criterio de esta Corporación, ninguno de ellos dan cuenta de la autonomía e independencia del actor en la labor que se efectuó en provecho de la accionada.

En ese orden de ideas, se itera, al estar determinada la prestación personal del servicio la parte actora cuenta con la ventaja probatoria que presume los demás elementos del contrato de trabajo, sumado a que existen en las referidas pruebas, indicios que dan cuenta de una relación laboral subordinada, que como lo tiene definido la reciente jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, algunos de ellos se encuentran enunciados, en el artículo 23 del CST, armonía con lo indicado la Recomendación No. 198 de la OIT y que fueron recordados en la sentencia CSJ SL1439-2021, así:

*«La Sala Laboral ha identificado algunos indicios relacionados en la Recomendación n.º 198 de la OIT que, sin olvidar su carácter relativo o circunstancial, no exhaustivo y dinámico, pueden ser útiles para descifrar una relación de trabajo subordinada. De esta forma, ha considerado como tales la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020); la exclusividad (CSJ SL460-2021); la disponibilidad del trabajador (CSJ SL2585-2019); la concesión de vacaciones (CSJ SL6621-2017); la aplicación de sanciones disciplinarias (CSJ SL2555-2015); cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019); el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (CSJ SL981-2019); realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el del beneficiario del servicio (CSJ SL4344-2020); el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019); el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (CSJ SL4479-2020); el desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393); la terminación libre del contrato (CSJ SL6621-2017) y la integración del trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020)<sup>4</sup>».*

<sup>4</sup> En general, podría afirmarse que los indicios contruidos por la Sala Laboral coinciden con los descritos en la Recomendación n. 198 de la OIT, instrumento que reseña los siguientes:

*(a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o*

De tales indicios para determinar la subordinación, en el caso de marras, se evidencian como tales, aparte de prestar el servicio personal, el hecho de que se percibía una remuneración por el servicio prestado, la labor de estilista se realizaba en el local y con insumos proporcionados por la demandada, hubo cierta continuidad en el desempeño de esa labor, de la cual era beneficiaria la empresa demandada; siendo dable de este modo, concluir la subordinación del actor respecto del beneficiario de sus servicios personales, lo cual no fue desvirtuado y por lo tanto, no puede colegirse cosa distinta a que entre el actor y la llamada a juicio existió una verdadera relación de trabajo, y bajo ese entendido, habrá de confirmarse la sentencia de primer grado en este aspecto.

Establecido lo anterior, pasa la Sala a analizar la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada en su contestación (*CONTESTACION REFORMA EDUAR MURILLO CONTRA INVERSIONES STYLE*, páginas 6 y 7), precisando, el contrato de trabajo tuvo fecha de finalización el **07 de febrero de 2016**, sumado a ello, el 15 de septiembre de 2017 la parte actora elevó reclamación extra judicial ante la accionada y presentó «*la reforma*» a la demanda inicial, que valga aclarar estuvo dirigida contra otras personas, tanto jurídicas como naturales; incluyendo en *la reforma* como demandados a *INVERSIONES STYLE S.A.S.* y solidariamente a las señoras FLOR VIRGINIA CORREDOR ALBORNOZO y ANA CAROLINA LARA CORREDOR, la cual se presentó el 25 de septiembre de 2017 (página 19 del archivo «*2016-980 CUADERNO PRINCIPAL.pdf*»), por lo cual podría entenderse que no operó el fenómeno extintivo a la finalización del vínculo, empero arguye la demandada apelante, incluso desde la contestación de la persona jurídica demanda que operó el fenómeno prescriptivo al tenor de lo dispuesto en el artículo 94 del CGP, por tanto, deberá estudiarse si en esos términos se configuró o no la prescripción.

Se tiene entonces que, como el demandante el 15 de septiembre de 2017 elevó reclamación extra proceso y la denominada *reforma*, que para efectos prácticos sustituyó la demanda inicial, al incluir, además de nuevos hechos y pretensiones,

---

*aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y*

*(b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador.*

también a nuevos demandados<sup>5</sup>, fue presentada dentro de los 3 años siguientes a la finalización del vínculo, esto es, el 25 de septiembre del 2017, sería con aquella reclamación que se pudo haber interrumpido la prescripción, en principio respecto de los derechos que eventualmente se causarían con anterioridad al 15 de septiembre del 2014.

Sin embargo y pese a lo dicho, debe tenerse en cuenta el libelo de *reforma* se admitió el día **13 de julio del 2018** (página 235, ibidem)<sup>6</sup>, notificándose a los demandados *INVERSIONES STYLE S.A.S.* y a las señoras FLOR VIRGINIA CORREDOR ALBORNOZO y ANA CAROLINA LARA CORREDOR, solo hasta el **20 y 29 de abril de 2021** (página 54 del archivo «*CERTIFICADOS DE ENVIO Y CONSTANCIA DE RECIBIDO INVERSIONES STYLE (POSITIVO).pdf*») y página 54 del archivo «*CERTIFICADOS DE ENVIO Y CONSTANCIA DE RECIBIDO PERSONAS NATURALES (POSITIVO).pdf*»), esto es, pasado el año al que hace alusión el artículo 94 del C.G.P. (contaba hasta el 16 de julio del 2019 para efectuar la notificación), precisándose el Juzgado de primer grado mediante auto del 02 de febrero del 2021, advirtió que no se había adelantado gestión alguna por la parte actora para tales efectos, por lo que requirió a la parte actora para que procediera a efectuar las gestiones pertinentes para la notificación correspondiente (archivos «*2016-980 Art. 77 Falta Notificar Vinculados – PAMA.pdf*» y «*AUD ART 77 - 2016-980 .mp4*»), dando cumplimiento a tal actividad la parte accionante en las fechas indicadas, 20 y 29 de abril de 2021.

Razón por la cual considera esta Corporación la parte actora no cumplió con su deber de efectuar la notificación y por ende cuando el Juzgador de primer grado lo requirió para efectuar este trámite (auto del 02 de febrero del 2021) ya había transcurrido más de 1 año para interrumpir el término de prescripción frente a los accionados, por ende, encuentra la Sala que la mora en la integración adecuada del contradictorio no es atribuible al operador judicial que intervino en el trámite.

En consonancia con lo analizado, para el momento en que se surte la notificación de la pasiva, ya se había vencido el término para concluir dicho trámite, pues solo se tenía hasta el 16 de julio del 2019, razones por las cuales itera ésta Corporación,

---

<sup>5</sup> Más aún, cuando posteriormente, en la audiencia de que trata el art. 77 del CPL, desistió de los demandados incluidos en el escrito inicial.

<sup>6</sup> Notificado por anotación en el estado del 16 de julio del 2018

la parte demandante no asumió las cargas procesales que le eran propias, debiendo cargar con los efectos de la excepción de prescripción, y por ende, se encuentran prescritas las acreencias laborales aquí demandadas, circunstancia que impone la absolución y por ende, se debe revocar la decisión de primera instancia.

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

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

*(…)*

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

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

Agotada como se encuentra la competencia de esta instancia por el estudio de los puntos objeto de apelación, lo que sigue es la revocatoria de la sentencia de primera instancia, conforme a lo motivado.

**SIN COSTAS** en esta instancia. Las de primera corren 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,

## **RESUELVE**

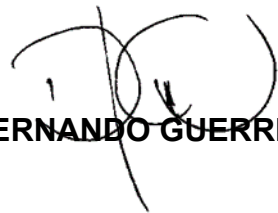
**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia de primera instancia, para en su lugar, **DECLARAR PROBADA** la excepción de prescripción y en consecuencia, **ABSOLVER** a la demandada INVERSIONES STYLE SAS, de todas las pretensiones incoadas en su contra, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia. Las costas de primera instancia corren a cargo de la parte accionante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

  
**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

  
**ELBIA 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 JUAN ALONSO CUBIDES TORRES CONTRA EMER VIDA S.A.S. Y SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E. HOSPITAL KENNEDY. (RAD. 39 2017 00134 01).**

Bogotá D.C. veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado para presentar los alegatos de conclusión, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con 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 promovidos por las partes, contra la sentencia proferida por la Juez Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 24 de enero de 2022 (Exp. Digital: 01Audiencia20220124JuanAlonsoCubides, record 1:14:45 a 1:44:02 y 02ActaAudiencia20220124Articulo77y80), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo realidad a término indefinido entre JUAN ALONSO CUBIDES TORRES, por un lado, y por el otro lado, EMER VIDA SAS desde el 09 de marzo de 2016 hasta el 22 de junio de 2016, conforme a lo explicado en la parte motiva de esta decisión.*

***SEGUNDO: DECLARAR** solidariamente responsable a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUROCCIDENTE ESE HOSPITAL KENNEDY de las condenas impuestas a EMERVIDA SAS, en la siguiente sentencia y en las que van a ilustrar en el siguiente numeral.*

***TERCERO CONDENAR** a EMER VIDA SAS y solidariamente a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUROCCIDENTE ESE al reconocimiento y pago de las siguientes sumas de dinero:*

- 1. Por concepto de salarios dejados de cancelar \$3.006.677.*
- 2. Por concepto de cesantías, la suma de \$317.778.*

3. Por concepto de los intereses de cesantías, la suma de \$38.133.
4. Por concepto de prima de servicios, la suma de \$317.778
5. Por concepto de Vacaciones, la suma de \$158.889, valor que deberá ser cancelado, deberá ser indexado al momento del pago con base en el IPC certificado por el DANE, con el fin de conservar el poder adquisitivo de la moneda.
6. Por concepto de sanción moratoria la suma de \$26.400.000, más los intereses moratorios sobre las prestaciones sociales adeudadas desde el 23 de junio de 2018 y hasta cuando se verifique el pago total de la obligación.
7. Por concepto de indemnización por despido sin justa causa la suma de \$1.100.000, valor que deberá cancelarse indexado a la fecha de su pago efectivo, con base en el IPC certificado por el DANE, como ya se manifestó con el fin de conservar el poder adquisitivo de la moneda.

**CUARTO: ABSOLVER** a las demandadas de las demás pretensiones incoadas por el demandante y esto es básicamente la condena la sanción de que trata el artículo 99 de la ley 50 del 90.

**QUINTO: CONDENAR** en costas a EMER VIDA SAS y la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUROCCIDENTE, dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de \$600.000 para cada una de las demandadas.”

Inconformes con la decisión los apoderados de EMER VIDA S.A.S. y la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUROCCIDENTE interpusieron recurso de apelación, inicialmente el apoderado de EMER VIDA S.A.S. manifestó su inconformidad respecto a la declaratoria del contrato de trabajo; aduce que no se demuestra la concurrencia de los elementos esenciales del artículo 23 del Código sustantivo del trabajo; que aun cuando en materia laboral existe una inversión de la carga de la prueba en procesos dentro de los cuales se pretende la declaración de existencia de un contrato realidad, acorde con la doctrina de la Sala de Casación Laboral, no hay lugar a relevar al demandante de otras cargas probatorias, estimando que no existió prueba de elementos tales como el tiempo de trabajo suplementario y la jornada laboral fija, de tal manera que no es válido declarar la existencia de la relación laboral. Que si bien la tabla de horarios, sirve como indicio de subordinación no es necesariamente unívoco, concluyente o determinante, porque como lo ha explicado jurisprudencia, la fijación del tiempo que ha de emplear quien presta el servicio en su actividad puede darse en otro tipo de situaciones jurídicas, sin que por ello se entienda forzosamente asignadas por la subordinación laboral. En el mismo sentido, mencionó que si bien se habla de una disponibilidad en cuestión de horario no se tuvo en cuenta dentro de la decisión la naturaleza ostentada por la autoridad tomadora del servicio, consistente en la prestación de servicio de transporte en el ámbito de servicios de salud, los cuales infieren y pueden ser prestados en el ámbito de horario laboral, en un horario fijo.

Adicionalmente, explicó que algunos elementos como las horas extras no fueron acreditados, comprobándose la existencia de una conducta de mala fe del demandante, toda vez que pretendió formar el convencimiento del despacho con base en declaraciones insuficientes, reducidas y de carácter subjetivo. En esa medida, consideró que ante la ausencia elementos de prueba que logren llegar a la conclusión de la existencia de relación laboral, resultaba improcedente el pago de las acreencias que pretende derivar el señor Cubillos de la declaratoria de contrato realidad, toda vez que, al estar vinculado por medio de un contrato de naturaleza civil, el pago daría como resultado el enriquecimiento sin justa causa.

Aunado a lo anterior, esgrimió con relación al carnet que acredita al demandante como prestador de servicio de transporte, que ello resulta insuficiente dado que en esta solo se aclara la función ejercida por el actor y su pertenencia a EMER VIDA sin que se aclare la existencia de una relación laboral.<sup>1</sup> (Archivo digital: 01Audiencia20220124JuanAlonsoCubides, record 1:45:11 a 1:49:11).

---

<sup>1</sup> Gracias su señoría me permito presentar y sustentar el recurso de apelación contra la decisión emitida por este despacho en primera instancia, toda vez que como se ha manifestado a lo largo del proceso de los elementos allegado a juicio por parte del demandado y de la argumentación esgrimida por este, no se demuestra la concurrencia de los elementos esenciales del artículo 23 del Código sustantivo del trabajo, así cuando el artículo 24 afirma la presunción de relación de trabajo personal por contrato de trabajo, en el presente proceso no se logró desvirtuar dicha presunción.

Adicionalmente, y aun cuando en materia laboral existe una inversión de la carga de la prueba en procesos dentro de los cuales se pretende la declaración de existencia de un contrato realidad, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 4912 de 2020 determina que “esto no releva al demandante de otras cargas probatorias, tales como acreditar los extremos temporales, el monto del salario, la jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario, el hecho del despido cuando se demanda la terminación del vínculo sin justa causa, teniendo en cuenta lo anterior dado que no existió prueba de elementos tales como el tiempo de trabajo suplementario ya la jornada laboral fija, lo cual si bien alega el superior a la máxima legal, no se acredita por parte, por medio de ningún material probatorio, no es válido declara la existencia de la supuesta relación laboral, toda vez que hay una carencia de elementos en esta conclusión.

Si bien el honorable despacho determino la tabla de horario, sirve como indicio de subordinación, hay otra providencia de la honorable corte suprema de justicia la SL 8474 de 2014 radicado 44191, que expone que es menester señalar que en el sistema legal respecto de las relaciones laborales del sistema privado, la existencia de un horario es un elemento indicativo de la presencia de subordinación, pero no necesariamente unívoco, concluyente o determinante, porque como lo ha explicado también la jurisprudencia de la sala, la fijación del tiempo que ha de emplear quien presta el servicio en su actividad puede darse en otro tipo de situaciones jurídicas, sin que por ello se entienda forzosamente asignadas por la subordinación laboral, como lo expresa el recurrente.

Adicionalmente, y de nuevo trayendo a colación la existencia probatoria la cual también evidenció el despacho de primera instancia, al argumentar que algunos elementos como las supuestas horas extra no fueron acreditados, se comprueba la existencia de una concurrencia de, la concurrencia de una conducta de mala fe del demandante, toda vez que pretende formar el convencimiento del despacho con base en declaraciones insuficientes, reducidas y de carácter subjetivo, sin presentarse documentos o actos que busquen comprobar de manera tangible el supuesto daño ocasionado.

Considerando estos aspectos y concluyendo la ausencia de elementos de prueba que logren llegar a esta conclusión lógica de existencia de relación laboral, resulta también improcedente el pago de las acreencias que pretende derivar el señor Cubillos de la declaratoria de contrato realidad, toda vez que al estar vinculada a mi representada por medio de un contrato de naturaleza civil el pago daría como resulta el enriquecimiento sin justa causa ocasionado por el empobrecimiento de EMERVIDA. En el mismo sentido, y si bien se habla de una disponibilidad en cuestión de horario no se tuvo en cuenta dentro de la decisión la naturaleza ostentada por la autoridad tomadora del servicio, consistente en la prestación de servicio de transporte en el ámbito de servicios de salud, los cuales infieren y pueden ser prestados en el ámbito de horario laboral, en un horario fijo.

Otro aspecto relevante consiste en la documental allegada al proceso en relación al carnet que acredita al demandante como prestador de servicio de transporte, sin embargo, esto resulta insuficiente dado que en esta solo se aclara la función ejercida por el actor y su pertenencia a EMERVIDA sin que se aclare la existencia de una relación laboral.

Por lo anterior solicito respetuosamente al Honorable Tribunal Superior de Distrito judicial de Bogotá se revoque la sentencia de primera instancia en su totalidad y en su lugar denegar las pretensiones de la demanda y absolver a mi representada. Así las cosas, dejo sustentado mi recurso de apelación muchas gracias.

A su turno, la apoderada de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E. apeló la decisión de primera instancia respecto a la solidaridad, solicitando su revocatoria por considerar que no se configura la responsabilidad solidaria en el artículo 34 del CST, por no cumplirse los presupuestos que trae la norma y que la empresa nunca conoció ni autorizó para que se subcontratara; que si bien es cierto existió una prestación de servicios dirigidos al hospital de Kennedy, también es cierto que esta prestación de servicios iba frente a la responsabilidad y auditoria, seguimiento y control por parte de EMER VIDA, es así como la SUBRED hoy SUBRED NOROCCIDENTE antes Hospital de Kennedy, no tenían conocimiento de los contratos suscritos por parte de EMER VIDA con el señor Juan Alonso Cubides y muchos menos con los otros empleados o trabajadores de prestación de servicios a los cuales tenía dentro de la empresa.

Refirió que, tal como está establecida en el CST la responsabilidad solidaria, en su artículo 33, no es posible predicarla en el presente asunto, dado que, la SUBRED antes Hospital de Kennedy no tenía ninguna relación o vínculo societario alguno dentro de la responsabilidad contractual suscrita por parte de EMER VIDA y el actor, por cuanto aquella fue quien se responsabilizó con el contrato de prestación de servicios, sin que en ningún momento suscribiera ninguna solidaridad frente a la responsabilidad contractual suscrita entre EMER VIDA y el señor Juan Alonso Cubides.

Anotó que si bien es cierto, se prestaron servicios como traslado de personal médico y medicamentos, esto hacia parte netamente de la suscripción de un servicio de traslado de un sitio a otro, tal cual como lo manifestaron los declarantes y el señor Juan Alonso Cubides; que en ningún momento existió de manera contractual una responsabilidad que el Hospital de Kennedy jamás suscribió con el señor Juan Alonso Cubides, es así como al momento de suscribir los contratos por parte del Hospital de Kennedy y EMER VIDA se tiene establecido en sus cláusulas legales la responsabilidad por parte de EMER VIDA, sin tener que configurarse una solidaridad frente a la responsabilidad que se pretenda configurar en una relación laboral, por cuanto el Hospital de Kennedy jamás infundió ningún horario, ni ninguna relación de tipo laboral y contractual con los prestadores de servicios que tenía EMER VIDA; que la relación por parte de la SUBRED antes Hospital de Kennedy es netamente con EMER VIDA no tiene

ninguna relación contractual y mucho menos laboral con el señor Juan Alonso Cubides, es así como se deslegitima la solidaridad por parte de la entidad.

Del mismo modo, mencionó la figura del simple intermediario del artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo, para indicar que el presente proceso el contrato se suscribió netamente entre el demandante y EMER VIDA, las responsabilidades tanto como las cuentas de cobro, los horarios, y el cumplimiento de las demás, emanadas por parte del administrador de EMER VIDA estaban única y exclusivamente ligadas con el actor; pues la SUBRED SUROCCIDENTE era netamente receptora del servicio que contrató con EMER VIDA, sin ninguna responsabilidad frente a las demás obligaciones que pudieran generarse por parte del demandante y EMER VIDA.

De este modo, reiteró que es inexistente la solidaridad, aunque la misión y visión del Hospital Occidente de Kennedy tuvieran relación alguna frente a la prestación del servicio que por los mismos hechos se contrata, la cual no es determinante para una relación laboral y una solidaridad que no se encuentra ni suscrita, ni expresa, de ninguna manera dentro de la relación contractual emanada entre EMER VIDA y el Hospital de Kennedy en su momento<sup>2</sup> (record: 1:49:15 a 1:57:23).

---

<sup>2</sup> Muchas gracias su señoría también interpongo el recurso de apelación contra la sentencia proferida por su despacho de la siguiente manera. Teniendo en cuenta lo manifestado por el despacho frente a la solidaridad que se pretende se manifiesta configurada frente a la responsabilidad que se alega contra EMERVIDA, se tiene lo siguiente: establecido por la Corte Suprema de Justicia en expediente 359357 en donde se establece que no se configura la responsabilidad solidaria en el artículo 34 del Código sustantivo de trabajo, por no cumplirse los presupuestos que trae la norma y que la empresa nunca conoció ni autorizó para que se subcontratara o se en este caso dentro del proceso de la sentencia que estoy manifestando lo señores que se tienen dentro del mismo, ya que la compañía de la que se trata en este momento garantizaría de acuerdo a su contrato la prestación y el cumplimiento de los servicios que se estaban prestando dentro del señor, por parte del señor Juan Cubides, Juan Alonso Cubides.

Es así como si bien es cierto existió una prestación de servicios dirigidos al hospital de Kennedy, también es cierto que esta prestación de servicios iba frente a la responsabilidad y auditoria, seguimiento y control por parte de EMERVIDA, es así como la SUBRED hoy SUBRED NOROCCIDENTE antes Hospital de Kennedy, no tenía conocimiento de los contratos suscritos por parte de EMERVIDA con el señor Juan Alonso Cubides y muchos menos con los otros empleados o trabajadores de prestación de servicios a los cuales tenía dentro de la empresa.

Del mismo modo, como está establecido en el Código Sustantivo del Trabajo la responsabilidad solidaria en su artículo 33 se manifiesta como, son solidariamente responsables de todas las obligaciones que emanen del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros, y estos entre sí en relación con el objeto social y solo hasta el límite de responsabilidad de cada socio y los condueños o comuneros de una misma empresa entre sí, mientras permanezca la indivisión. Es así como se ha establecido que la SUBRED la hoy SUBRED NOROCCIDENTE antes Hospital de Kennedy no tenía ninguna relación o vínculo societario alguno dentro de la responsabilidad contractual suscrita por parte de EMERVIDA y el señor Juan Alonso Cubides, por cuanto era quien se responsabilizó por parte del contrato de prestación de servicios en la responsabilidad y cumplimiento de unos honorarios para una prestación del servicio, es así como el cumplimiento de horario, o demás configuración laboral que se pretenda dentro del presente trabajo, hace caso omiso a lo que pretende servir como misionalidad y visión por parte del hospital Occidente de Kennedy, quien en ningún momento suscribió ninguna solidaridad frente a la responsabilidad contractual suscrita entre EMERVIDA y el señor Juan Alonso Cubides, es así como en su momento el hospital de Kennedy hacia parte de secretaría de Salud.

Ahora bien, si bien es cierto se prestaron servicios como traslado de personas médico y medicamentos, esto hacia parte netamente de la suscripción de un servicio de traslado de un sitio a otro, tal cual como lo manifestaron los declarantes y el señor Juan Alonso Cubides, en ningún momento existe de manera contractual como está establecido en la ley 80 y frente a las prestaciones y ley 100 como contrato civil, dentro de una responsabilidad contractual, la cual el Hospital de Kennedy jamás suscribió con el señor Juan Alonso Cubides, es así como al momento de suscribir los contratos por parte del Hospital de Kennedy y EMERVIDA se tiene establecido en sus cláusulas legales la responsabilidad por parte de EMERVIDA, cumplimiento de las obligaciones legales por parte del personal que contrata EMERVIDA sin tener que configurarse una solidaridad frente a la responsabilidad que se pretenda configurar en una relación laboral, por cuanto el

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 JUAN ALONSO CUBIDES TORRES, en éste proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 3 y 4, las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados a folios 4 a 8, aspirando de manera principal a que se declare que, entre él y EMER VIDA S.A.S., existió una relación laboral a término indefinido la cual estuvo vigente entre el 01 de marzo del 2016 y el 22 de junio del 2016, la cual termino por causal imputable al empleador (despido indirecto), que los valores por concepto de horas extras, constituyen salario; y son factores salariales para la liquidación de todas las prestaciones e indemnizaciones a que haya lugar; en consecuencia se condene solidariamente a las demandadas al pago del auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del C.S.T., indemnización por la no consignación de las cesantías en el fondo, costas del proceso incluyendo agencias en derecho, condenas *ultra y extra petita*, y, **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, tras considerar que se acreditó la existencia de un contrato de trabajo a término fijo desde el 09 de marzo de 2016 al 22 de junio de 2016; declaró solidariamente responsable a la SUBRED**

---

Hospital de Kennedy jamás infundió ningún horario, ni ninguna relación de tipo laboral y contractual con los prestadores de servicios que tenía EMERVIDA, la relación por parte de la SUBRED NOROCCIDENTE antes Hospital de Kennedy es netamente con EMERVIDA no tiene ninguna relación contractual y mucho menos laboral con el señor Juan Alonso Cubides, es así como se deslegitima la solidaridad por parte de la entidad.

Del mismo modo, existe del artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo el simple intermediario, son simples intermediarios las personas que contratan servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un empleador, se consideran como simples intermediarios aun cuando aparezcan como empresarios independientes las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de contratos, los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un empleador para beneficio de este y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo.

Es así también que celebre contrato de trabajo obrando como simple intermediario debe declarar esa calidad y manifestar en nombre del empleador, si no lo hiciere así responde solidariamente como el empleador de las obligaciones respectivas. Es así como, en el presente proceso de prestación de servicios, el cual se suscribió netamente por parte del señor Juan Alonso Cubides con EMERVIDA y las responsabilidades tanto como las cuentas de cobro, los horarios, y el cumplimiento de las demás, emanadas por parte del señor Jhon administrador de EMERVIDA estaban única y exclusivamente ligadas con el señor Juan Alonso Cubides, EMERVIDA y el señor Jhon, la SUBRED NOROCCIDENTE netamente receptora del servicio que contrato con EMERVIDA, sin ninguna responsabilidad a las circunstancias, demás obligaciones que pudieran generarse por parte de Juan Alonso y EMERVIDA. Teniendo así que es inexistente, aunque la misionalidad y visión por parte del Hospital Occidente de Kennedy tuvieran relación alguna frente a la prestación del servicio que efectivamente por los mismos hechos se contrata, no es determinante para una relación laboral y una solidaridad que no se encuentra ni suscrita, ni expresa, de ninguna manera dentro de la relación contractual emanada entre EMERVIDA y el Hospital de Kennedy en su momento.

En consecuencia, se reitera el recurso de apelación contra la sentencia proferida por su despacho por cuanto los elementos configurativos que pretende usarse para una solidaridad conjunta entre EMERVIDA y la SUBRED SUROCCIDENTE es inexistente. Muchas gracias.

INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUROCCIDENTE de las condenas impuestas a EMER VIDA S.A.S. y condenó solidariamente a las demandadas al pago de salarios dejados de cancelar, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización moratoria e indemnización por despido sin justa causa; absolvió a la demandada de las demás condenas incoadas en su contra.

Como fundamentos de su decisión indicó que, al estar acreditada la prestación del servicio y no haberse desvirtuado la subordinación y por el contrario, por haberse acreditado con los testigos esa subordinación se debía acceder a la declaración del contrato realidad, sin que por el hecho de que el demandante suministrara su propio vehículo para desarrollar el contrato de trabajo no lo desvirtuaba, dado que se encontraban acreditados todos los elementos propios del mismo, específicamente la prestación del servicio, más aún cuando no disponía de su propio tiempo porque existían unos cuadros de turnos al interior de EMER VIDA que establecían la disponibilidad de los vehículos.

Respecto a los extremos temporales definió que existió un solo contrato de trabajo, según lo dedujo de las fechas indicadas en el contrato de prestación de servicios aportado, desde el 09 de marzo de 2016 hasta el 22 de junio de 2016, los cuales también eran concordantes con lo dicho por los testigos y lo indicado en la demanda. Frente al salario, estimó, que según el contrato de prestación de servicios el valor devengado por el actor correspondía a la suma de \$1.100.000, disponiendo el pago de los salarios solicitados, así como las prestaciones sociales y vacaciones por no acreditarse su pago por parte de EMER VIDA. Con relación a las horas extras, indicó que no se demostró por parte del actor las jornadas que excedieron la máxima legal.

Absolvió de la sanción por no consignación de cesantías, por cuanto la contratación en el presente caso se dio por un plazo inferior a un año y la terminación se dio antes del 15 de febrero del año siguiente, por lo que la obligación de consignar las cesantías nunca se materializó. 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 del demandante. Asimismo, respecto a la indemnización por despido sin justa causa, anotó que la parte actora demostró el hecho del despido, que ocurrió de forma unilateral por parte del empleador, sin embargo, el empleador pese a haber indicado que el contrato terminó por expiración del plazo conforme al contrato de prestación de

servicios, que lo fue el 09 de mayo de 2016, la labor del demandante culminó el 22 de junio de 2016 en virtud de la primacía de la realidad sobre las forma, no existen justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo por la demandada, por ello accedió al pago de la respectiva indemnización.

En lo relativo a la solidaridad con la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUROCCIDENTE E.S.E. HOSPITAL KENNEDY, explicó que según los contratos de prestación de servicios celebrados por las demandadas, se determina que la SUBRED percibía del demandante a través de la demandada EMER VIDA S.A.S., constituía una actividad en beneficio para el cumplimiento del objeto social y misional de la SUBRED, puesto que el transporte de personal médico, de insumos, recoger medicamentos y muestras que ejecutaba el demandante, se relacionaba directamente con la garantía de los servicios de salud, iterando que en quien recayó el beneficio directo de la labor realizada por el actor fue la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E. HOSPITAL KENNEDY, lo cual demuestra conexidad o afinidad entre las labores realizadas por EMER VIDAD S.A.S y la que constituye la actividad social y misional de la demandada Subred, resultando clara la solidaridad consagrada en el artículo 34 del CST.

Establecidos los antecedentes procesales se abordará el estudio de los recursos de apelación interpuestos 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 appellatum*).

En esa dirección y para resolver el primer problema jurídico respecto de las apelaciones presentadas, esto es, si entre el demandante y EMER VIDA S.A. se presentó una verdadera relación de trabajo, sea lo primero advertir, que en los juicios del trabajo es primordial para el operador judicial establecer si existe o no contrato de trabajo, que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales y, acreditados los extremos temporales de la relación y el salario devengado, resultaría factible efectuar las liquidaciones a que hubiere lugar.

En autos, resulta ser justamente el distanciamiento principal entre el demandante y EMER VIDA S.A.S., la existencia o no de un contrato de trabajo, consignando esta Sala de decisión y dada la controversia que se presenta, que no tiene importancia la denominación que al mismo le asignen las partes, ni que se halle



regido por estipulaciones especiales, pues lo que lo configura 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.

Ha de recordarse que los elementos esenciales que se requieren concurren para la configuración del contrato de trabajo, son la actividad personal del trabajador, esto es, que éste la realice por sí mismo, y de manera prolongada; la continua subordinación o dependencia respecto del empleador, que lo faculta para requerirle el cumplimiento de órdenes o instrucciones al empleado y la correlativa obligación de acatarlas; y, un salario en retribución del servicio<sup>3</sup>.

Requisitos que en principio debería acreditar el demandante conforme lo dispone el art. 167 del Código General del Proceso aplicable a esta clase de juicios por remisión expresa del artículo 145 del C. P. T. y de la S.S., sin embargo, dicha carga probatoria se atenúa con la presunción consagrada en el art. 24 del CST, a favor del trabajador, a quien le bastará acreditar sólo la prestación personal del servicio para dar por sentada la existencia del contrato de trabajo, por cualquier medio de prueba; de tal manera que se trasladará la carga probatoria a la parte demandada, quien deberá desvirtuar la presunción legal.

Bajo tal entendido, la existencia del contrato de trabajo entre el demandante y EMER VIDA S.A.S., es el primer aspecto que corresponde analizar en esta instancia, a lo que se procederá a continuación. Para tal fin, la Sala pasa a examinar los elementos materiales de prueba aportados al expediente a fin de verificar inicialmente si se acreditó o no la existencia de una prestación personal del servicio por parte del demandante a favor de dicha sociedad.

Al expediente, se arrió el contrato de prestación de servicios No. 00029 de 2016 suscrito por el actor y EMER VIDA S.A.S. (01ExpedienteDigitalFolios1a29, págs. 25 a 27), al igual que un oficio dirigido a los conductores de EMER VIDA el 05 de

---

<sup>3</sup> **Artículo 23 del CST:** 1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;

b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste 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. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y

c. Un salario como retribución del servicio.

2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

marzo de 2016, donde se les informa sobre la programación de vehículos disponibles para ese mes y allí se verifica los días que correspondieron al actor (pág. 29 *ibídem*), también se aportó copia de un carnet del actor con el logotipo de la demandada EMER VIDA, donde se indica el cargo de conductor (pág. 24 *ibídem*); documentos que dan cuenta que el actor prestó sus servicios personales en favor de la referida sociedad.

Ahora, en cuanto a las circunstancias en que se presentó el servicio se tiene que el señor demandante en su calidad de contratista se comprometía a prestar servicios para con EMER VIDA S.A.S. como **Técnico en Transportes** *“en el traslado de funcionarios a nivel Hospitalario en Bogotá y los sitios aledaños a Cundinamarca [...] A personal y pacientes del Hospital de OCCIDENTE DE KENNEDY”*, tal como se lee en el referido contrato de prestación de servicios, documento que vale decir, no fue tachado por la demandada.

Sumado a lo anterior, al plenario fue llamado a declarar el señor MARCOS ELIAS CAICEDO SUAREZ (01Audiencia20220124JuanAlonsoCubides, record: 0:33:19 a 0:43:19), quien afirmó conocer al demandante por haber trabajado para EMER VIDA S.A.S., donde lo conoció; indicó que cumplían horario de lunes a sábado de 7:00 de la mañana a 06:00 de la tarde, que un señor de nombre *“Jhon”* era quien les indicaba las horas y las personas que debía recoger y dejar del Hospital de Kennedy, así como el transporte de medicamentos, lo cual se ejercía por medio de teléfono celular. Que los vehículos eran propiedad de los contratistas y eran ellos quienes asumían el mantenimiento.

De igual modo, el señor OSWALDO RAMÍREZ NIÑO (01Audiencia20220124JuanAlonsoCubides, record: 0:44:46 a 0:54:40), testificó señalando haber conocido al actor por haber trabajado juntos en el año 2016 prestando sus servicios a EMER VIDA S.A.S. con los vehículos de su propiedad, cuyas labores consistían en que debían estar en el hospital de Kennedy a las 07:00 o 07:30 de la mañana quedando a disposición del señor *“Jhon”*, de lo que les indicara para hacer los recorridos a diferentes partes de Bogotá, como hospitales o recoger medicamentos o muestras de sangre. Que en otras ocasiones se les indicaba que debían ir a otros hospitales, a veces ir a casa de los pacientes, donde debían transportar y esperar a los funcionarios del hospital de Kennedy.

Valorados dichos testimonios se colige que los mismos dan fe por su conocimiento directo, de las circunstancias en que se desarrolló la relación contractual que ató a las partes, de modo que brindan importantes indicios que ratifican la prestación personal del servicio y además, examinados en conjunto con los demás medios probatorios, se colige la prestación personal de servicios, entronizándose así, la presunción legal contenida en el artículo 24 del CST. Así, atendiendo la ventaja probatoria que de allí se deriva y como quiera que la demandada no desplegó actividad alguna tendiente a demostrar que el actor desarrolló sus funciones de manera autónoma e independiente, y lo único que se logró ratificar con toda certeza fue la existencia de los elementos del contrato de trabajo enlistados en el artículo 23 del CST, razón por la que los motivos en que fundó su alzada el apoderado de la demandada no están llamados a prosperar, más aún cuando la demandada EMER VIDA S.A.S. no aportó ningún elemento de prueba dirigido a desvirtuar la subordinación –dado que no se presentó al presente proceso, sino que por el contrario se encuentra representada a través de Curadora Ad Litem -, es claro entonces que la verdadera relación jurídica que existió entre las partes contradice lo que informa el referido contrato de prestación de servicios suscrito, por lo cual, éste no opaca la realidad de lo vivido entre las mismas, lo que conlleva a concluir que la misma estuvo regida por una verdadera relación de trabajo.

En lo atinente a la presunción legal en comento, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia CSJ SL965 de 2021, puntualizó:

“(…)

**1º) Sobre la presunción del contrato de trabajo**

*Esta Corporación, en providencia CSJ SL, del 1º de jul. de 2009, rad. 30.437, recordó que desde sus orígenes, tiene adoctrinado que, como cabal desarrollo del carácter tuitivo de las normas sobre trabajo humano, para darle seguridad a las relaciones laborales y garantizar la plena protección de los derechos laborales del trabajador, el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945 consagra una importante ventaja probatoria para quien invoque su condición de trabajador, consistente en que, con la simple demostración de la prestación del servicio a una persona natural o jurídica se presume, iuris tantum, el contrato de trabajo sin que sea necesario probar la subordinación o dependencia laboral.*

*De tal suerte que, en consecuencia, es carga del empleador o de quien se alegue esa calidad, demoler dicha subordinación o dependencia.*

*Importa por ello citar, como ejemplo de lo que ha sido la abundante jurisprudencia de la Sala sobre el tema, lo que se expuso en la providencia de la extinta Sección Primera del 25 de marzo de 1977 (Gaceta Judicial No 2396, páginas 559 a 565), en los siguientes términos: Se ve claro, por lo anterior, que el sentenciador entendió de manera correcta el aludido precepto legal, pues fijó su alcance en el sentido de que el hecho indicador o básico de la presunción lo constituye la prestación de un servicio personal, y que el indicado o presumido es el contrato de trabajo. O sea que, si el demandante logra demostrar que prestó un servicio personal en provecho o beneficio de otra persona o entidad, debe entenderse que esa actividad se ejecutó en virtud de un vínculo de la expresada naturaleza. Pero advirtió también que la cuestionada regla tiene el carácter de presunción legal y que, por lo tanto, admite prueba en contrario y puede ser desvirtuada o destruida por el presunto patrono mediante la demostración de que el trabajo se realizó en forma independiente y no*

*subordinada, bajo un nexo distinto del laboral. Dejó sentado, pues, -como lo tienen admitido la doctrina y la jurisprudencia- que la carga de la prueba del hecho que destruya la presunción corresponde a la parte beneficiaria de los servicios.*

*Como surge de la sentencia arriba transcrita, la presunción que consagra el mencionado precepto se puede desvirtuar, por manera que si la plataforma probatoria, obrante en el proceso, demuestra que la relación que hubo entre los contendientes fue independiente o autónoma así habrá de declararse.*

*Allí también recordó la Corte que tanto la doctrina como la jurisprudencia, han enseñado que la consecuencia que producen las **presunciones legales, como la aquí debatida**, es la de eliminar el hecho presumido de los presupuestos de hecho para que se produzcan los efectos jurídicos perseguidos por quien invoca a su favor la presunción, lo que, desde luego, impone a la otra parte la carga de probar el hecho contrario, o la inexistencia del hecho indicador, que da pie a la presunción. Por lo tanto, no tiene sentido que a quien la ley lo ha dispensado de la prueba de ese hecho, se le exija por parte del juez que lo acredite.*

*En este orden de ideas, aflora patente que el fallador no incurrió en el dislate jurídico que le enrostra el recurrente, pues una vez encontró acreditada la prestación personal del servicio del actor activó la presunción explicada que, en puridad de verdad, el llamado a juicio no logró desvirtuar. Y como de antaño lo tiene ilustrado esta Corporación la sola presencia de los contratos de prestación de servicios no es suficiente para derruirla, como también lo pretende el impugnante.*

*(...)”*

Así las cosas, contrario a lo esgrimido por la curadora ad litem de la accionada EMER VIDA, la subordinación que se presume quedó confirmada con los medios de prueba antes mencionada, pues no queda duda que la prestación del servicio por parte del demandante se dio en el marco de un contrato de trabajo directamente con dicha entidad; en efecto, las pruebas decretadas y practicadas en debida forma, confirman completamente la existencia de una relación subordinada con esta entidad, no sólo porque los testigos de manera diáfana indicaron con precisión que prestaron sus servicios como conductores dentro de un determinado horario y con sujeción a unos turnos de disponibilidad fijados por la misma demandada EMER VIDA S.A.S., precisando, que si bien el cumplimiento de horarios no determina el hecho subordinante sí, ofrece indicios sobre la manera en que se prestó personalmente el servicio, más aún cuando brillan por su ausencia pruebas que puedan dar un sentido contrario a lo que hasta acá se ha vislumbrado y por tanto, debe confirmarse la declaratoria del contrato laboral señalado en primera instancia, incluidos los extremos temporales y las condenas allí impartidas, en tanto y en cuanto, no fueron objeto de reparos en esta sede judicial, de modo que no se efectúa ningún pronunciamiento al respecto.

En lo atinente al segundo punto objeto de alzada, esto es, la procedencia o no de la declaración de la responsabilidad solidaria de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E UNIDAD OCCIDENTE DE KENNEDY respecto de las condenas impuestas a cargo de EMER VIDA S.A.S., es importante referir en primer lugar, que la figura jurídica se encuentra prevista en

nuestro ordenamiento sustantivo laboral en el artículo 34, que en su tenor literal preceptúa:

**“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)

Frente a dicha figura, la Corte Suprema de Justicia ha precisado en múltiples pronunciamientos que esta solidaridad *“fue instituida en la normatividad sustantiva laboral, con el fin de garantizar el pago de las acreencias laborales de los trabajadores cuando se presenta la contratación de trabajos u obras por parte de empresas a través de contratistas, siendo beneficiarias o dueñas de la obra las primeras”*<sup>4</sup>. Puntualmente, en sentencia SL3111 de 2021 -reiterada en la SL4322 de 2021-, explicó:

*“(…)*

*Fuera de lo observado, en sentencia CSJ SL 4430 -2018, sobre el propósito de la institución jurídica de la solidaridad en la responsabilidad del beneficiario del trabajo, apuntaló la Sala:*

*«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 tuvieran la solvencia económica para responder por las acreencias laborales causadas, de tal manera que pudiera acudir a obligar al beneficiario de ella a satisfacerlas, facultándole a su vez la acción de repetición por lo pagado».*

*También, ha sido enfática esta corporación en considerar que dicha solidaridad es aplicable, salvo que los servicios o la obra contratada traten actividades extrañas a las que normalmente desarrolla la empresa contratante, y además que, la pluricitada figura no guarda relación alguna con la vinculación del trabajador, pues es diáfano que se pregona únicamente respecto al contratista independiente, lo que deriva, sencillamente, en que el deudor solidario, en calidad de contratante, tan solo sea un garante de las obligaciones laborales adeudadas por el empleador.*

*Vale la pena, entonces, traer a colación lo expuesto en la sentencia CSJ SL3718-2020, en la que se discurrió:*

*La jurisprudencia ha considerado que la solidaridad legal prevista en el art. 34 del CST entre el beneficiario o dueño de la obra y el contratista independiente tiene como*

---

<sup>4</sup> SL4322 de 2021.

objetivo central garantizar la protección de los trabajadores en lo que respecta al reconocimiento y pago efectivo de las acreencias laborales, producto de la contratación que efectúe el beneficiario o dueño de la obra con un contratista independiente para la realización o prestación de una obra o servicio determinado, salvo que se trate de labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio de aquel. Así lo ha dicho esta Corporación en sentencias CSJ SL, 26 sept. 2000, rad. 14038, 1 marzo 2010, rad. 35864 y SL217-2018, entre otras, donde ha sostenido:

[...] el legislador, con el sentido proteccionista que corresponde al derecho laboral, previendo la posibilidad de que el contrato por las grandes empresas, como vehículo que les sirva para evadir las obligaciones sociales, y dada la frecuencia con que los pequeños contratistas independientes caen en la insolvencia o carecen de la responsabilidad necesaria, sin desconocer el principio de que el beneficiario de la obra no es en caso alguno el sujeto patronal, estableció expresamente, a favor exclusivo de los trabajadores, la responsabilidad solidaria del contratista y del beneficiario por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que puedan tener derecho, sin perjuicio de que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o repita con él lo pagado a esos trabajadores.

Para la Corte,

[...] **esta figura jurídica [refiriéndose a la solidaridad] no puede asimilarse ni confundirse con la vinculación laboral..., pues tiene cada una alcances y consecuencias distintas. Es claro que la vinculación de carácter laboral es con el contratista independiente y 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. [...]**

De esta manera lo ha dicho esta Corporación:

*'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).'**...* Sentencia CSJ SL de 26 de sept. de 2000, n.º 14038."

Con relación a la hermenéutica de dicha disposición ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, la misma contiene dos requisitos para su procedencia, a saber: i) ser beneficiario de la obra o del servicio contratado y, ii) que las actividades ejecutadas por la contratista a favor de la contratante no se traten de labores extrañas a las actividades normales de esta última, esto es, que sean afines<sup>5</sup>.

Conforme tal reseña jurisprudencial, para que opere esta solidaridad se requiere que se verifique, preliminarmente, tanto la existencia del contrato de trabajo como del vínculo jurídico que liga al beneficiario de la obra con el contratista independiente, pues ellos y su relación de causalidad, en palabras de la Corte

<sup>5</sup> Sentencia CSJ SL5053-2019, reiterada en SL1863 de 2020.

**“son los presupuestos de la solidaridad instituida en la previsión legal mencionada”<sup>6</sup>.**

Adicionalmente, es necesario que las actividades contratadas sean afines con las labores propias y ordinarias de la parte contratante, tal como lo adocrinó el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia de radicación No. 28438 de 20 de febrero de 2007<sup>7</sup>, donde concluyó que el dueño de la obra debe responder solidariamente por las obligaciones generadas por el empleador o contratista incumplido, **desde luego, si la actividad del beneficiario de la obra, es similar a la del contratista**, postura reiterada, entre otras en sentencias con radicación No. 35864 de 1º de marzo de 2010, SL11655 del 2 de septiembre de 2015 y SL3718 de 2020.

Sobre el particular, puntualmente en sentencia SL 7789-2016, esa Corporación sostuvo:

*“Como lo destaca el recurrente, la disposición legal que concibe la solidaridad entre el contratista independiente y el beneficiario de la obra por el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones de los trabajadores del primero, **exige que las actividades que desplieguen uno y otro tengan el mismo giro ordinario o normal, vale decir tengan correspondencia en su objeto social.***

*No se trata en absoluto de que el verdadero empleador (contratista independiente) cumpla idénticas labores a las que desarrolla quien recibe el beneficio de la obra, pero tampoco que cualquier labor desarrollada por éste pueda generar el pago solidario de las obligaciones laborales. En los términos del artículo 34 del C.S.T. es **preciso que las tareas coincidan en***

<sup>6</sup> Sent., 23 de septiembre 1960, “G.J.”, XCIII, 915).’...” Sentencia CSJ SL de 26 de sept. de 2000, n.º 14038

<sup>7</sup> “...En este caso ocurre, que el Instituto Nacional de Vías fue el dueño de la obra contratada por el contratista empleador incumplido, como lo estableció probatoriamente el Tribunal. Por ello, si bien el numeral 2º del artículo 134B de la Ley 446 de 1998 denunciado por falta de aplicación, da a los jueces administrativos la competencia para conocer de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho originados en una relación laboral de carácter legal y reglamentaria, es innegable que los derechos del demandante se invocaron con fundamento en la vinculación laboral con el contratista y la solidaridad del ente estatal, para efectos de la satisfacción de las deudas provenientes de ella, sin que se discutiera la naturaleza del carácter laboral del contrato que unió al servidor acá demandante, orientándose ésta a la imposición de la condena solidaria.

**Respecto de ello de manera reiterada esta Sala de Casación ha sostenido, que:**

*“(…)el obligado solidario no es más que un garante para el pago de sus acreencias, de quien, además, el trabajador puede también exigir el pago total de la obligación demandada, en atención al establecimiento legal de esa especie de garantía. Y no por ello puede decirse que se le esté haciendo extensiva la culpa patronal al Municipio demandado. No, la culpa es del empleador, pero los derechos respecto de los salarios, las prestaciones e indemnizaciones (como lo enuncia el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo) que de ella emanan son exigibles a aquel en virtud, como atrás se anotó, de haberse erigido legalmente la solidaridad que estableció el estatuto sustantivo laboral, en procura de proteger los derechos de los asalariados o sus causahabientes”.*

*“(…)La fuente de la solidaridad, en el caso de la norma, no es el contrato de trabajo ni el de obra, aisladamente considerados, o ambos en conjunto, sino la ley: esta es su causa eficiente y las dos convenciones su causa mediata, o en otros términos: los dos contratos integran el supuesto de hecho o hipótesis legal. Ellos y la relación de causalidad entre las dos figuras jurídicas, son los presupuestos de la solidaridad instituida en la previsión legal mencionada” (Sent., 23 de septiembre 1960, “G.J.”, XCIII, 915).*

*“No debe perderse de vista que la razón histórica que inspiró la consagración normativa de la solidaridad que hoy ocupa la atención de la Sala, fue evitar que los derechos de los trabajadores fueran burlados cuando los grandes empresarios contrataran la ejecución de una o más obras y los contratistas o subcontratistas no tuvieran la solvencia económica para responder por las acreencias laborales causadas, de tal manera que pudiera acudir 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.**

**el fin o propósito que buscan empresario y contratista; en otras palabras, que sean afines.”** (Negrilla y Subrayas de la Sala),

En sentido contrario, la Corte ha enseñado que, si las labores contratadas son ajenas al objeto ordinario de la contratante, no surge la solidaridad contemplada en el artículo 34 del CST. Así, en sentencia con radicación 39648 del 25 de septiembre de 2009, precisó:

*“(…) esta Corte reitera una vez más que la solidaridad establecida en el artículo 34 del CST es una garantía del pago de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tiene derecho el trabajador, e, igualmente, precisa que dicha garantía se activa a cargo del beneficiario o dueño de la obra en virtud del convenio celebrado entre este y el empleador, salvo que lo contratado se trate de labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio de aquel.”*

Precisado lo anterior, con relación al primero de los presupuestos, esto es, que el contratante sea beneficiario de la obra o servicio contratado, destaca la Sala, en el asunto se demostró y no fue objeto de debate la existencia del vínculo comercial entre las sociedades EMER VIDA S.A.S. y la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E UNIDAD OCCIDENTE DE KENNEDY, a través de la celebración del contrato No. 077-2015 con su adición y prórroga del 29 de abril de 2016(01ExpedienteDigitalFolios1a29, Págs. 30 a 33), contrato cuyo objeto consistió en la *“Prestación del Servido de Transporte Automotor Terrestre de personal, acarreos varios y transporte motorizado”*.

Precisado ello, se tiene que en la cláusula primera del contrato de prestación de servicios suscrito por el demandante con EMER VIDA S.A.S., se estableció como objeto el siguiente:

***“EL CONTRATISTA.** Se obliga para con EMER VIDA S.A.S a brindar apoyo logístico y/o operativo como Técnico en Transportes en el traslado de funcionarios a nivel Hospitalarios en Bogotá y los sitios aledaños a Cundinamarca con un trato humano y personalizado. A personal y pacientes del Hospital de OCCIDENTE DE KENNEDY (...).”*

Como se ve, la vinculación del demandante tenía relación directa con la contratación existente entre las llamadas a juicio y tenía como propósito el transporte tanto de personal como de pacientes del hospital, así como acarreos varios, actividades que en todo caso también son concordantes con las mencionadas por los testigos previamente mencionados, de modo que hacían parte de la ejecución del contrato suscrito entre las entidades aquí demandadas.

Lo indicado en precedencia permite inferir a la Sala que, la demandada SUBRED era beneficiaria de los servicios prestados por el trabajador como conductor de



EMER VIDA S.A.S., por lo que acreditado se encuentra el primero de los supuestos a que se refiere el artículo 34 del C.S.T.

Solventado lo anterior, con relación al segundo presupuesto, esto es, *“que las actividades ejecutadas por la contratista a favor de la contratante no se traten de labores extrañas a las actividades normales de esta última, esto es, que sean afines”*, necesario resulta traer a colación el objeto social de cada una de las citadas a juicio.

En ese orden, de acuerdo con lo dispuesto el artículo 195 de la Ley 100 de 1993, y en concordancia con el artículo 2° del Decreto 1876 de 1994, el objeto de las Empresas Sociales del Estado, consiste en la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social; así como producir servicios de salud eficientes y efectivos que cumplan con las normas de calidad establecidas, prestar los servicios de salud que la población requiera (art. 4° ibídem).

De igual modo, el Acuerdo 641 de 2016 expedido por el Concejo Distrital de Bogotá D.C.<sup>8</sup>, mediante el cual se efectuó la reorganización del sector salud en el Distrito Capital, Empresas Sociales del Estado, adscritas a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, y a su vez, creando las Subredes de Salud, entre las que se encuentra la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E., determinó en su artículo 2°:

***“PARÁGRAFO 1. Cada una de las cuatro Empresas Sociales del Estado producto de la fusión prestarán servicios integrales de salud de todos los niveles de complejidad y se articularán en una sola Red Integrada de Servicios de Salud Distrital de conformidad con el artículo 25 del presente Acuerdo.***

***(...)***

***PARÁGRAFO 3. En cada una de las subredes de prestación de servicios de salud se desarrollará una central de urgencias de conformidad con las necesidades de la población, la demanda de servicios y la accesibilidad geográfica.***

***PARÁGRAFO 4. Las cuatro subredes de servicios de salud adelantarán las acciones de promoción de la salud y prevención de la enfermedad a nivel individual y colectivo que le brinden al usuario una atención integral. Se fortalecerán las acciones de autocuidado y mutuo cuidado y las acciones intersectoriales que fomenten acciones individuales y colectivas para incentivar estilos de vida saludable”.***

---

<sup>8</sup> Página web Secretaría Jurídica Distrital de Bogotá: <https://intranet.secretariajuridica.gov.co/transparencia/marco-legal/normatividad/acuerdo-distrital-641-2016>

En ese sentido, es claro entonces que el objeto social de la mencionada Subred, es la prestación de servicios de salud como parte integrante del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en desarrollo de dicho objeto es claro que adelanta acciones y servicios de salud.

Por su parte, el objeto social de EMER VIDA S.A.S. (01ExpedienteDigitalFolios1a29, *página 80*), conforme al certificado de existencia y representación legal de esa compañía, está determinado así:

*“PRESTAR TODO TIPO DE SERVICIOS DE APOYO LOGÍSTICO PARA INSTITUCIONES PÚBLICAS O PRIVADAS, PARA ELLO PODRÁ EJECUTAR LABORES DE TRANSPORTE **DE PERSONAS, PACIENTES, USUARIOS, MUESTRAS BIOLÓGICAS**, ENTRE OTROS, A TRAVÉS DE MEDIOS COMO SILLAS DE RUEDAS, CAMILLAS, ASCENSORES, **CAMIONETAS**, NEVERAS, EN GENERAL TODO TIPO DE ELEMENTOS QUE FACILITEN LA MOVILIDAD DE PERSONAS Y/O ARTÍCULOS. EMER VIDA SAS. REALIZARÁ TRASLADOS EN AMBULANCIAS BÁSICAS, MEDICALIZADAS Y NEONATALES, PODRÁ OPERAR Y ADMINISTRAR REDES DE AMBULANCIAS. **REALIZARÁ TRANSPORTES CONVENCIONALES Y ASISTENCIALES DE PACIENTES Y/O PERSONAL MEDICO PARA SERVICIOS DOMICILIARIOS Y/O HOSPITALARIOS**, CUBRIMIENTO DE EVENTOS DEPORTIVOS, CULTURALES, RELIGIOSOS Y OTROS. EN DESARROLLO DEL MISMO PODRÁ LA SOCIEDAD EJECUTAR TODOS LOS ACTOS O CONTRATOS QUE FUEREN CONVENIENTES O NECESARIOS PARA EL CABAL CUMPLIMIENTO DE SU OBJETO SOCIAL Y QUE TENGAN RELACIÓN DIRECTA CON EL OBJETO MENCIONADO. EMERVIDA SAS PODRÁ REALIZAR TRANSPORTE Y DISTRIBUCIÓN DE MERCANCÍAS Y DOCUMENTOS, TRANSPORTE DE PASAJEROS Y DE CARGA CON VEHÍCULOS PROPIOS Y AJENOS A NIVEL NACIONAL; SERVICIOS DE MENSAJERÍA, DOMICILIOS, TRAMITE Y DILIGENCIAS, SERVICIOS DE TELEMERCADEO Y DISTRIBUCIÓN DE PROPAGANDA COMERCIAL, CORREO DE ENTREGA INMEDIATA, CORREO EXPRESO, TODOS LOS SERVICIOS QUE TENGAN QUE VER CON LA ACTIVIDAD DE TRANSPORTE , ATENCIÓN A USUARIOS , TRAMITES ANTE ENTIDADES DEL SECTOR GUBERNAMENTAL Y EL SECTOR PRIVADO (...).”*

En los términos analizados, es claro que las actividades desarrolladas por la contratista EMER VIDA S.A.S., no eran labores extrañas al objeto social de la contratante Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E., pues en virtud de su objeto misional de prestar servicios de salud, dentro de los que se encuentra el transporte de funcionarios del personal de salud, traslado de pacientes, muestras biológicas, entre otras afines, que son propias de las actividades de la beneficiaria de la obra o servicio de transporte contratado para desarrollar su objeto social de prestar servicios de salud.

Solventado lo anterior, se tiene por acreditado el segundo presupuesto, esto es, *“que las actividades ejecutadas por la contratista a favor de la contratante no se traten de labores extrañas a las actividades normales de esta última, esto es, que*

sean afines”, siendo procedente declarar que en el sub judice se configuró la solidaridad de que trata el art. 34 del CST como bien lo determinó la juez a quo.

Al punto, conviene recordar lo señalado por la Corte Suprema de Justicia sentencia SL-217 de 2018, radicación No. 58487, en la cual asentó:

*“Esta Sala en sentencia SL4400-2014, del 26 de mar. 2014, rad. 39000, rememoró lo enseñado en decisión SL, del 20 de mar. 2013, rad.40.541, en torno a que la solidaridad se presenta cuando la actividad ejecutada por el contratista independiente cubre una necesidad propia del beneficiario y, además, **cuando constituye una función directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto social, que por lo mismo desarrolla éste.***

***Igualmente se exhibe importante recordar que para su determinación puede tenerse en cuenta no sólo el objeto social del contratista y del beneficiario de la obra, sino también las características de la actividad específica desarrollada por el trabajador.***

*Así se explicó en la sentencia SL, del 2 de jun. 2009, rad. 33082:*

*[...] En primer término, y antes de estudiar los medios de convicción que se citan en el cargo, resulta de interés para la Corte precisar que el anterior razonamiento de la impugnación en realidad involucra una cuestión de orden jurídico y no fáctico, esto es, si para establecer la solidaridad del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo se deben comparar exclusivamente los objetos sociales del contratista independiente y del beneficiario o dueño de la obra o si es viable analizar también la actividad específica adelantada por el trabajador; cuestión que no puede ser planteada en un cargo dirigido por la vía de los hechos.*

*Con todo, encuentra la Corte, como lo ha explicado en anteriores oportunidades, que de cara al establecimiento de la mencionada solidaridad laboral, en los términos del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, **lo que debe observarse no es exclusivamente el objeto social del contratista sino, en concreto, que la obra que haya ejecutado o el servicio prestado al beneficiario o dueño de la obra no constituyan labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio de éste. Y desde luego, en ese análisis cumple un papel primordial la labor individualmente desarrollada por el trabajador, de tal suerte que es obvio concluir que sí, bajo la subordinación del contratista independiente, adelantó un trabajo que no es extraño a las actividades normales del beneficiario de la obra, se dará la solidaridad establecida en el artículo 34 citado.***

En ese sentido, como puede verse en el caso de marras las labores que desempeñó el actor para el contratista de la Subred, EMER VIDA, no resultaron extrañas a las actividades normales de la Subred, como quiera que efectivamente cubrieron una necesidad que resulta fundamental en la prestación del servicio de salud, como es el transporte de pacientes, personal médico, muestras médicas de una entidad hospitalaria a otra, pues como ya se explicó, así lo corroboraron los testimonios practicados en el trámite procesal, quienes, se recuerda manifestaron que debían estar disponibles en las instalaciones de la entidad hospitalaria en aras de efectuar el transporte en los términos anteriormente indicados, de ahí que se configuró la solidaridad que se predica en el artículo 34 del CST.

Dilucidados los puntos anteriores, y como quiera que no resultaron avantes los argumentos que procuraban la revocatoria de la condena de carácter solidaria impuesta a cargo de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E., se agota la competencia de la Sala, por el estudio de los argumentos expuestos por los recurrentes en la alzada, y conforme a las motivaciones precedentes se **CONFIRMARÁ** la decisión de primer grado como se consideró en precedencia.

**SIN COSTAS** en esta instancia.

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

#### **RESUELVE**

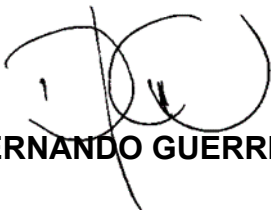
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por la Juez 39 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

*NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.*

  
**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

  
**ELBIA BIBIANA GUARÍN GARCÍA**

  
**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

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

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARTHA ELENA PEÑUELA EPALZA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 39 2021 00448 01).**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la demandante y las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR y PROTECCIÓN (folios 224 a 228, 229 a 230, 231 a 233 y 239 a 244), 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 formulados por las demandadas **COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 12 de mayo de los corrientes (01AudArt77y80CptssMarthaElenaPeñuelaEpalzaVsColpensionesProtecciónPorvenirColfondosIneficacia, récord 1:19:05), en la que se resolvió:

*«PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo la demandante del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de **COLFONDOS S.A.** y con efectividad a partir del 01 de septiembre del 1996, es ineficaz y por ende no produjo efecto alguno, por lo que deberá entenderse que la demandante jamás se separó del régimen de prima media, situación que también se deberá entender frente a todas las afiliaciones que se hizo al interior del RAIS, esto es desde COLFONDOS a PORVENIR y de PORVENIR a PROTECCIÓN.*

**SEGUNDO: ORDENAR a COLFONDOS S.A.** a que transfiera todas las sumas de dinero que recibió por gastos de administración desde el 01 de septiembre del 96 hasta el 31 de octubre del 2000, tiempo en el que estuvo afiliada la demandante, sin que le sea dable descontar dineros que haya pagado por seguros previsionales o el porcentaje para la garantía de la pensión mínima.

**TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A.,** a que transfiera las sumas de dinero que recibió por gastos de administración durante el tiempo que estuvo afiliada la demandante, esto es, desde el 01 de noviembre del 2000 hasta el 31 de enero del 2005, sin que le sea dable descontar dineros que haya pagado por seguros previsionales y por el porcentaje que va para la garantía de la pensión mínima.

**CUARTO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A.,** que transfiera todas las sumas de dinero que obran en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con los rendimientos y gastos por administración sin que le sea dable descontar dineros que pagó por seguros previsionales, así como el porcentaje destinado a la garantía de la pensión mínima.

Tanto el numeral segundo, tercero y cuarto, van destinados para COLPENSIONES que es la entidad que administra el Régimen de Prima Media. Se aclara que conforme se dijo en las consideraciones, los gastos de administración deben ser pagados de manera indexada.

**QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES** que reciba los dineros de los cuales se habla el numeral dos, tres y cuatro, y reactive la afiliación de la demandante sin solución de continuidad al régimen de prima media.

**SEXTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

**SEPTIMO: INFORMAR a COLPENSIONES** que puede acudir a las acciones judiciales para obtener el resarcimiento de los perjuicios que puedan causar esta ineficacia y en contra de **COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**

**OCTAVO: CONDENAR en costas a COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.** dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de **\$2.000.000**, y aplicarse la regla 6 del artículo 365 del C.G. del P., esto es, distribuirse en partes iguales entre las demandadas condenadas.

**NOVENO** Consultar la presente sentencia, por cuanto existen órdenes en contra de **COLPENSIONES**, lo que hace nacer este grado jurisdiccional de consulta».

Inconforme con la decisión los apoderados de las demandadas COLFONDOS, PORVENIR, PROTECCIÓN y COLPENSIONES, respectivamente, interpusieron recurso de apelación.

En primer lugar, COLFONDOS no comparte la decisión de la juez de primer grado de ordenarle la devolución de los gastos de administración debidamente indexados por el interregno que duró la afiliación por cuanto, estima, conforme a la buena gestión realizada con los aportes pensionales, se generaron unos rendimientos, siendo así que no se evidencian perjuicios, precisando, tales rendimientos si se equipararan serían mayor a los gastos de administración. Resaltó, estos gastos no

los tiene por cuanto se utilizan para adquirir la póliza de seguros previsionales y también se traslada un porcentaje al fondo de solidaridad y de ser así, tendría que haberse vinculado a la presente demanda con el fin de que devuelva lo recibido por concepto de la afiliación de la demandante, ya que se tendría un enriquecimiento sin justa causa por parte del fondo de solidaridad.

Respecto a la condena de devolver los gastos de una manera indexada, sostuvo, se tornaría como una condena en daños y perjuicios, situación fáctica que no fue discutida dentro del presente asunto, sumado al hecho de no haberse allegado prueba sumaria donde se demostrara que se generó un daño, menoscabo o perjuicio a los aportes pensionales de la demandante; contrario sensu, de la buena gestión de los mismos se generaron unos rendimientos que fueron consignados a la cuenta de ahorro individual. Solicitando que por hecho de devolverse las cotizaciones y rendimientos en un 100% debe realizarse una ponderación frente a lo que se descuenta por gastos de administración y los intereses que se generaron en la cuenta de ahorro individual, con lo cual estos últimos son mucho mayores, por lo tanto, no hay lugar a generar una condena en contra de su patrimonio. Agregando así, que siempre actuó de buena fe y conforme a la normatividad vigente, máxime cuando esto debió ser discutido a la luz de una responsabilidad civil<sup>1</sup> (Récord 1:21:43, «01AudArt77y80CptssMarthaElenaPeñuelaEpalzaVsColpensionesProtecciónPorvenirColfondosIneficacia.mp4»).

Por su parte el apoderado de PORVENIR igualmente centra su inconformidad únicamente frente a la orden de devolver los gastos de administración y los dineros

---

<sup>1</sup> «Gracias su señoría. Siendo esta la etapa procesal oportuna me permito interponer recurso de apelación frene a la condena impuesta a la devolución de gastos de administración y primas de seguros debidamente indexados. Solicito a los honorables magistrados se revoque la condena impuesta por concepto de los gastos de administración y primas de seguros debidamente indexados, teniendo en cuenta que conforme a la buena gestión realizada por mi representada, se generaron unos rendimientos que implicaron los aportes realizados por la parte demandante, siendo así que no se evidencian perjuicios.

Debo señalar que, si se declara la nulidad o ineficacia y se trasladan los aportes y los rendimientos, estos últimos se equiparan y son mayores a las sumas descontadas por gastos de administración. Es de resaltar que estos no los tiene mi representada por cuanto se utilizar para adquirir la póliza de seguros previsionales y también se traslada un porcentaje al fondo de solidaridad y de ser así, tendría que haberse vinculado a la presente demanda con el fin de que devuelva lo recibido por concepto de la afiliación de la demandante, ya que se tendría un enriquecimiento sin justa causa por parte del fondo de solidaridad.

De otra parte, la condena impuesta a mi representada de devolver los gastos de una manera indexada, se tornaría como una condena en daños y perjuicios, situación fáctica que no fue discutida dentro del presente asunto. Así como tampoco se allega prueba sumaria donde se demuestre que se generó un daño, menoscabo o perjuicio, a los aportes personales de la parte demandante; contrario a esto, la buena gestión con los aportes pensionales por parte de Colfondos se generaron unos rendimientos que fueron consignados a la cuenta de ahorro individual de la parte demandante, por lo que no es condena de perjuicios (inentendible) y más a devolver lo que corresponde a cotizaciones y los rendimientos. Por las cotizaciones y rendimiento se entiende que se devuelve el 100% de la base de cotización y los intereses por lo cual se solicita realizar una ponderación frente a lo que se descuenta por gastos de administración y los intereses que se generaron en la cuenta de ahorro individual y se tendría que estos últimos son mucho mayores, por lo tanto, no hay lugar a generar una condena en contra del patrimonio de mi representada. Debe tenerse en cuenta que mi representada siempre actuó de buena fe y conforme a la normatividad vigente, máxime cuando esto debió ser discutido a la luz de una responsabilidad civil. De lo anteriormente expuesto, solicito a los honorables magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, revocar parcialmente la sentencia de primera instancia. Gracias su señoría».

descontados por fondo de garantía mínima y prima de seguro provisional, teniendo en cuenta que también en el RPMPD se destina un 3% de la cotización a financiar estos gastos de administración, la pensión invalidez y la de sobrevivientes, sumas que no le pertenecen a los afiliados en ninguno de los dos regímenes, por cuanto no están llamados a financiar la prestación de la pensión de vejez.

En este punto, hizo referencia a un concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia, según el cual, en los eventos en que surgiese la ineficacia del traslado, los únicos dineros que se deben trasladar con destino a Colpensiones, son las cotizaciones y los rendimientos, sin hacer anotación respecto a gastos de administración o sumas de dinero distintas a cotizaciones y rendimientos.

Añadió, la devolución de estos dineros hacia Colpensiones generaría un enriquecimiento sin causa a favor de esta codemandada, pues ésta nunca administró su cuenta de ahorro individual, durante 25 años o durante todo el tiempo que la demandante estuvo vinculada en el RAIS. Además, tal orden no encuentra soporte legal ni constitucional, por el contrario, la Ley 100 de 1993 en el artículo 113 literal b, indica que cuando se declara, o se da el cambio del traslado el régimen pensional, que es el que se traduce con la declaratoria de ineficacia de este traslado de régimen pensional, los únicos dineros que se deben trasladar son las cotizaciones y los rendimientos, no haciendo mención por ninguna parte a gastos de administración o de sumas de dinero distintos a las cotizaciones y a los rendimientos.

Respecto a la prima de seguro provisional, se opone a su devolución, teniendo en cuenta que la aseguradora cumplió en todo momento con su deber asegurador, valga la redundancia, para con la demandante, teniendo en cuenta que durante su vigencia siempre estuvo protegida de algún tipo de accidente o asegurada respecto a la muerte que le diese la aseguradora en el momento; y, en todo caso, si se quería solicitar estos dineros a la aseguradora, se debió vincularla al proceso, teniendo en cuenta que es 3° de buena fe y estos dineros ya le fueron pagados a su aseguradora.

Finalmente, solicitó, se declare la prescripción total de todos estos dineros teniendo en cuenta que, no están llamados a financiar la prestación de la pensión de vejez y no gozan de carácter imprescriptible, como lo es lo atinente a dicho derecho;



además no le pertenecen a la demandante, ni en el régimen de prima media, ni en el régimen de ahorro individual<sup>2</sup> (Récord 1:24:01, ibidem).

A su turno PROTECCIÓN S.A. apeló la decisión de forma parcial, respecto a la condena a devolver las cuotas de administración y las primas del seguro previsional, teniendo cuenta que el primero de los conceptos es un descuento autorizado por la Ley 100 del 93 en su artículo 20, el cual se utiliza para cubrir los gastos de administración y pagar las primas de seguro previsional, descuento que opera en ambos regímenes. Agregando, en la cuenta de ahorro individual de la demandante, sus aportes obtuvieron ganancias significativas frente al ahorrador, lo cual da cuenta que fueron debidamente administrados. De este modo, con la devolución ordenada, se está constituyendo un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, porque está recibiendo una comisión que ni siquiera está destinada a financiar la pensión de vejez de la demandante, ya que adicionalmente se le están trasladando los rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual de esta, fruto de la buena gestión, lo que la facultad incluso para conservar esta comisión como restitución mutua a su favor.

---

<sup>2</sup> «Su señoría muchísimas gracias. Estando dentro la oportunidad y pertinente, de manera muy respetuosa me permito presentar recurso de apelación de manera parcial, frente al numeral tercero de la sentencia que le ordena mi representada el traslado de los gastos de administración y los dineros descontados por fondo de garantía mínima y los de la prima de seguro previsional, teniendo en cuenta que no le asiste razón al despacho el declarar el traslado de estos dineros, teniendo en cuenta que también en el régimen de prima media se destina un 3% de la cotización a financiar estos gastos de administración, la pensión invalidez y la de sobrevivientes. Es de anotar señores magistrados, que estos gastos de administración, sumas de dinero distintas a cotizaciones y rendimientos no le pertenecen a los afiliados en ninguno de los dos regímenes, por cuanto no están llamados a financiar la prestación de la pensión de vejez.

Es importante anotar en este punto, que la superintendencia financiera de Colombia mediante concepto emitido el 16 de enero, el 15 de enero del año 2020, manifestó de manera clara y expresa que en los eventos en que surgiese la ineficacia del traslado, los únicos dineros que se deberían trasladar con destino a hacia Colpensiones, son las cotizaciones y los rendimientos, por lo que no hace anotación en esta resolución en ninguna parte, respecto a gastos de administración o sumas de dinero distintas a cotizaciones y rendimientos.

Por otro lado debe señalarse que la devolución de estos dineros hacia Colpensiones va a generar un enriquecimiento sin causa a favor de esta codemandada, teniendo en cuenta primero, que está nunca administró la cuenta de ahorro individual de la demandante, esto es, durante el lapso de 25 años o durante todo el tiempo que la demandante estuvo vinculada en el régimen de ahorro individual, después de su traslado primigenio y pues tampoco a esta... impuesta esta norma en ningún ley o aparte constitucional, que disponga tal devolución pues por el contrario, si está establecido en la ley 100 de 1993 en el artículo 113 literal b, que cuando se declara, cuando se declara no... cuando se da el cambio del traslado el régimen pensional, que es el que se traduce con la declaratoria de ineficacia de este traslado de régimen pensional, los únicos dineros que se deben trasladar son las cotizaciones y los rendimientos, no haciendo mención por ninguna parte a gastos de administración o de sumas de dinero distintos a las cotizaciones y a los rendimientos; por lo que debe entenderse entonces, primero que los gastos de administración le pertenecen a mi representada por su excelente gestión en la generación de rendimientos de las cotizaciones realizadas por la demandante.

Adicionalmente a ello, tampoco es procedente devolver lo descontado por la prima de seguro previsional, teniendo en cuenta que la aseguradora cumplió en todo momento con su deber asegurador, valga la redundancia, para con la demandante, teniendo en cuenta que durante su vigencia siempre estuvo protegida de algún tipo de accidente o asegurada respecto a la muerte que le diese la aseguradora en el momento; y ahora, si de quererse pedir estos dineros a la aseguradora, se tuvo que haber vinculado al proceso teniendo en cuenta que es 3° de buena fe y pues que estos dinero ya le fueron pagados ella completamente con su aseguradora.

Finalmente señores magistrados, respecto a estos dineros distintos a cotizaciones y rendimientos sea el caso solicitarles de manera muy respetuosa, se sirvan declarar la prescripción total de todos estos dineros teniendo en cuenta que, primero no están llamados a financiar la prestación de la pensión de vejez y no gozan de carácter imprescriptible, como lo es lo atinente a dicho derecho y que no le pertenecen a la demandante, ni en el régimen de prima media, ni en el régimen de ahorro individual, razón por la cual les solicito entonces, declarar la prescripción respecto de todos estos dineros y así dejo sustentado mi recurso apelación ,solicitándoles de manera muy respetuosa señores magistrados se sirvan revocar el número tercero de la sentencia de primera instancia. Muchísimas gracias».

Que, en el contexto de la restitución mutua, frente a las consecuencias de la declaratoria de ineficacia, se ha venido haciendo uso de manera analógica trayendo a este tipo de procesos, el contenido del artículo 1746 del Código Civil, norma que de manera clara especifica cuáles son los efectos de la nulidad pronunciada en sentencia. Sin embargo, a su juicio este fundamento jurídico para soportar la declaratoria de las consecuencias de la declaratoria de ineficacia, trae consigo la aplicación parcializada esta norma y se viola incluso el principio inescindibilidad de la ley, pues se desconoce en este tipo de procesos las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, de tal manera, que, de aplicarse en debida forma, se tendría que el contrato de afiliación nunca existió y consecuentemente con esto, Protección no debería administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual para que no se produjeran unos rendimientos financieros y de ahí que no existiera el cobro de una comisión de administración.

Advirtió, no ser legal, que se pretenda que los fondos de pensiones de su propio patrimonio retornen lo que por concepto de primas de reaseguros se ha girado a los terceros, pues se desconoce, el giro de estas sumas por concepto de primas de reaseguro se realiza por mandato legal y no a capricho de los fondos de pensiones, en ese sentido no se puede condenar a una administradora que cubra con su propio patrimonio dineros que ni siquiera están en sus ganancias, porque fueron girados a terceros por orden legal.

Finalmente, señaló frente al cobro del 3% destinado a comisión de administración, si opera el fenómeno de la prescripción, primero porque es un concepto de tracto sucesivo causado por la periodicidad que le impone la ley; segundo, porque este porcentaje no está financiando directamente la prestación económica de vejez; y tercero, porque lo que se ha declarado como imprescriptible en este tipo de procesos es el acceso a buscar la declaratoria judicial de la ineficacia, por ende los créditos y obligaciones que de esta declaratoria se deriven, sí gozan del fenómeno de la prescripción trienal<sup>3</sup> (récord 1:28:22, ibidem).

---

<sup>3</sup> “Gracias señora Juez. De manera respetuosa manifestó que interpongo recurso apelación parcial, respecto a la condena a devolver las cuotas de administración y las primas del seguro previsional, bajo los siguientes argumentos: En primera medida señores magistrados sustentó recurso apelación solicitando se revoque esta condena teniendo en cuenta pues, que la Comisión de Administración es un descuento, no solamente autorizado sino ordenado por la Ley 100 del 93 en su artículo 20, con modificación posterior de la ley 797 de 2003 su artículo 7°. Es claro pues, que estas normas además de facultar autorizar a los fondos de pensiones a realizar este descuento lo ordenan de manera literal y esto es, realizar el descuento del 3% sobre el 16% del aporte realizado por los afiliados a pensiones. El mencionado descuento entonces se utiliza para cubrir los gastos de administración y pagar las primas de seguro previsional y es un descuento que opera en ambos regímenes, también se realiza en el régimen de prima media. Como ahora prueba en el expediente certificado de rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, allí pues se evidencia de forma clara que sus

Finalmente, COLPENSIONES, apeló la decisión señalando para tal efecto, que la misma conlleva consecuencias que afectan el patrimonio de la entidad, porque si bien es cierto existe un criterio jurisprudencial en la Corte Suprema de Justicia, no es menos cierto, que debe analizarse cada caso en particular y la hoy demandante no puede estar exonerada de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuida en su capacidad para celebrar actos y contratos, teniendo en cuenta que de su elección dependería su futuro pensional. Es decir, fue negligente frente a este aspecto.

Aunado a lo anterior, tampoco hizo uso de los mecanismos legales como el retracto o la rescisión contenidos en los formularios que ella suscribió en los diferentes

---

*aportes obtuvieron ganancias significativas frente al ahorrador y ello da cuenta que fueron debidamente administrados por mi representada.*

*Con la condena de primera instancia que está observando a protección devolver los dineros descontados el valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, más los rendimientos financieros y adicionalmente lo descontado por Comisión de Administración, se está constituyendo un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, porque está recibiendo una comisión que ni siquiera está destinada a financiar la pensión de vejez de la demandante, ya que adicionalmente se le están trasladando los rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual de esta, fruto de la buena gestión de administración desplegada por mi representada, lo que la conserva o que lo que la facultad incluso para conservar esta comisión como restitución mutua a su favor; y, es que hablando en contexto del concepto de la restitución mutua, es claro que frente a las consecuencias de la declaratoria de ineficacia, se ha venido haciendo uso de manera analógica trayendo a este tipo de procesos, el contenido del artículo 1746 del Código Civil, norma que de manera clara especifica cuáles son los efectos de la nulidad pronunciada en sentencia. Sin embargo, a juicio de esta apoderada este fundamento jurídico para soportar la declaratoria de las consecuencias de la declaratoria de ineficacia, trae consigo la aplicación parcializada esta norma y se viola incluso el principio insensibilidad de la ley, se desconoce en este tipo de procesos pues, que el mismo contenido del artículo 1746 en el proveído habla la restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento y dispone pues que cada cual será responsable de la pérdida de las especies, de los intereses, frutos y del abono de mejoras.*

*Con base en esto si se hiciera una aplicación completa y al tenor literal de esta norma, respecto de las consecuencias de ineficacia, entenderíamos entonces en estricto sentido, que si la consecuencia de la ineficacia de la afiliación es que las cosas vuelvan al estado anterior, entonces se entendería, se producirían las siguientes consecuencias y enumerémosla una a una: primero pues que el contrato de afiliación nunca existió y esto fue lo que declaró la juez de primera instancia, pero entonces consecuentemente con esto, Protección no debe administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual para que no se produjeran unos rendimientos financieros y de ahí que no existiera el cobro de una Comisión de Administración, sin embargo, es claro y aquí se refiere está apoderada cuando se habla del principio inestabilidad de la norma, se pretende con este tipo de fallos que el acto jurídico de afiliación nazca a la vida, para los rendimientos que produce y que se trasladen a Colpensiones pero que no exista vía jurídica para los rendimientos financieros, que la misma norma de la que se hace uso para fundamentar estos fallos se está ordenando, es bastante contradictorio, que se pretendan entonces que existan rendimientos, pero no cuotas de administración, pero tampoco entonces contrato de afiliación. Sin embargo, se descuida que el artículo 1746 habla de las restituciones mutuas, intereses, frutos y el abono de mejoras y con base en esto entonces, debería entenderse que, aunque se declare la ineficacia de la afiliación y se haga la ficción de que nunca existió el contrato afiliación, se está desconociendo que el bien administrado produce unos frutos y unas mejoras. Así las cosas, producto la buena gestión de administración desplegada por mi representada y que, en virtud de este pronunciamiento, la faculta a conservar la Comisión de Administración, como restitución mutua a su favor.*

*No menos importante y es que tampoco es legal, que se pretenda que los fondos de pensiones de su propio patrimonio retornen lo que por concepto de primas de reaseguros se ha girado a los terceros, bajo los siguientes argumentos: primero se pretende castigar a los fondos de pensiones por haber cubierto unas contingencias que la misma ley está ordenando; aquí se desconoce qué es que el giro de estas sumas por concepto de primas de reaseguro se realiza por mandato legal y no a capricho de los fondos de pensiones, en ese sentido no se puede condenar a una administradora que cubra con su propio patrimonio dineros que ni siquiera están en sus ganancias, porque fueron girados a terceros por orden legal. Segundo, lo que se pretende con esto es desnaturalizar el contrato de seguros, pretendiendo que el afiliado recobre por concepto de seguros lo que giro, a pesar de no haber sufrido los siniestros invalidez y sobrevivencia. Tercero, se descuida con este tipo de fallos que, por fechas de estructuración de las contingencias de invalidez y sobrevivencia, incluso, cuando la demandante estuviese afiliada al régimen de prima media estas sumas generarían o cubrirían estos conceptos o generarían efectos legales.*

*No menos importante, frente al cobro del 3% destinado a Comisión de Administración, a juicio de esta apoderada si opera el fenómeno se la prescripción, primero porque es un concepto de tracto sucesivo causado por la periodicidad que le impone la ley; segundo, porque este porcentaje no está financiando directamente la prestación económica de vejez; y tercero, porque lo que se ha declarado como imprescriptible en este tipo de procesos es el acceso a buscar la declaratoria judicial de la ineficacia, por ende los créditos y obligaciones que de esta declaratoria se deriven, si gozan del fenómeno de la prescripción trienal consagrado en la legislación laboral y de Seguridad Social. En ese sentido dejo sustentado este recurso señores magistrados solicitando respetuosamente se revoque la condena en este sentido y no sea ordenado a PROTECCIÓN devolver los descuentos por cuotas de administración y primas de reaseguro. Muchas Gracias. Gracias señora Juez».*

fondos privados, es decir, teniendo la posibilidad de dejar sin efecto la afiliación a cada uno de los RAIS, no lo hizo. Asimismo, referenció la sentencia C-242 del año 2009, respecto al tema de la sostenibilidad financiera del sistema pensional, como principio constitucional contemplado en el artículo 48 de la Constitución Nacional, adicionado por el artículo 1° del Acto Legislativo número 1 del 2005. Reiterando, el principio, que el interés general, debe primar sobre el particular, por cuanto dicha declaración va a afectar el patrimonio público de Colpensiones, pues tendría que pagar una pensión, donde su propio ahorro no será suficiente para financiar su pensión<sup>4</sup> (Récord: 1:35:30, ibidem).

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 MARTHA ELENA PEÑUELA EPALZA en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de subsanación la demanda (páginas 1 a 2, «03Demanda.pdf» del expediente digital) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 3 a 9), aspirando se declare la ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, debido a la omisión de información necesaria, transparente, cierta, suficiente, clara y oportuna y la debida asesoría por parte de COLFONDOS S.A.. En consecuencia, se ordene a PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes y rendimientos causados en la cuenta de ahorro individual, con los dineros percibidos por concepto de gastos de administración, por todos los períodos en que la demandante**

---

<sup>4</sup> «Gracias su señoría. Me permito expresamente interponer el recurso de apelación contra el fallo que acaba de preferirse, toda vez que no se comparte el criterio expuesto por el despacho, por cuanto la declaración de ineficacia del traslado conlleva consecuencias que afectan el patrimonio de la entidad que representó Colpensiones, porque si bien es cierto existe un criterio jurisprudencial en la Corte Suprema de Justicia, no es menos cierto, que debe analizarse cada caso en particular. la hoy demandante no puede estar exonerada de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuida en su capacidad para celebrar actos y contratos y teniendo en cuenta que de su elección dependería su futuro pensional. Es decir, fue negligente frente a este aspecto.

Ahora bien, la hoy demandante tampoco hizo uso de los mecanismos legales como el retracto o la rescisión contenidos en los formularios que ella suscribió en los diferentes fondos privados, es decir, teniendo la posibilidad de dejar sin efecto la afiliación a cada uno de los RAIS, no lo hizo. Asimismo, es menester tener en cuenta el pronunciamiento de la Corte Constitucional Sentencia C-242 del año 2009, M.P. el Dr. Mauricio González Cuervo, respecto al tema de la sostenibilidad financiera del sistema pensional, como principio constitucional contemplado en el artículo 48 de la Constitución Nacional, adicionado por el artículo 1° del Acto Legislativo número 1 del 2005. Debo reiterar y recalcar que el principio, que el interés general, debe primar sobre el particular, por cuanto dicha declaración va a afectar el patrimonio público de Colpensiones, por cuanto la entidad que represento tendría que pagar una pensión y que ya, como se dijo, ella tuvo un ahorro individual y no financió las pensiones del Régimen de Prima Media y su propio ahorro no será suficiente para financiar su propia pensión. Por lo tanto, debo solicitar en la Sala del Tribunal Superior se revoque el fallo de primera instancia y se consideren todos los aspectos que he mencionado. En estos términos dejo presentado mi recurso. Muchas gracias».

permaneció afiliada a esas entidades sin descontar valor alguno. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora a COLFONDOS S.A. y los siguientes realizados a PORVENIR y PROTECCIÓN, disponiendo a esta última, como actual administradora a la que se encuentra vinculada la demandante, devolver a COLPENSIONES los dineros que obren en la cuenta de ahorro individual de esta junto con sus rendimientos y comisiones por administración debidamente indexados, sin lugar a descontar suma alguna por seguros de invalidez o sobrevivencia o cualquier otro concepto. 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.

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<sup>5</sup>.

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 17 de diciembre de 1959 (página 1, archivo «04Pruebas.pdf»), por lo que la edad de 57 años, los cumpliría el mismo día y mes del año 2016, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 21 de abril de 2021 (págs. 2 a 6, ibidem), a COLFONDOS el 26 de mayo de 2021 (9 a 12), a PORVENIR el 27 de mayo de 2021 (págs. 17 a 23) y a PROTECCIÓN el 27 de abril de 2021 (página 26 a 33) esto es, cuando ya había alcanzado la edad de pensión -tenía 61 años-, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de

---

<sup>5</sup> 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”.

la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba con 291,29 semanas laboradas, que corresponden a 5 años y 7 meses, 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 julio de 1996** con fecha de efectividad a partir del **1 de septiembre de 1996** (págs. 16 y 35 «04Pruebas.pdf») específicamente conforme la información consignada en el formulario de afiliación a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS.

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

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<sup>6</sup>, 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.*

---

<sup>6</sup> Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

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 parte 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<sup>7</sup>, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las sentencias SL

---

<sup>7</sup> “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 la 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 dña 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 error 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.*

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

***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 desfavor 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<sup>8</sup>, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar, que cuando estaba trabajando en la Universidad del Norte, un asesor de COLFONDOS en su oficina le mostró los beneficios del nuevo régimen; les dijeron que el ISS estaba en bancarrota y se iba a acabar, por ello debía proteger sus ahorros; explicó, además iba obtener

---

<sup>8</sup> Audiencia del 12 de mayo de 2022, récord 12:11

mayores intereses que en el ISS, 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 (página 16 «04Pruebas»), este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (Sentencias 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 brillan por su ausencia 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 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.º 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:

| Etapas acumulativas                                            | Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar                                                                                                                                                                                                                                | Contenido mínimo y alcance del deber de información                                                                                                                                                                                                                                                         |
|----------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Deber de información                                           | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993<br>Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003<br>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.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009<br>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<br>Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015<br>Circular Externa n.º 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 (31 de julio de 1996, efectivo el 1º de septiembre de 1996) 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.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar



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

De igual forma, es menester precisar, el hecho de que la demandante hubiese efectuado varios traslados entre AFP 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 (págs. 24 y 34, ib), situación que por demás no es ni fue objeto de litigio. Frente al de traslado a diversas AFP memórese el pronunciamiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011<sup>9</sup>.

En ese orden, la ineficacia del traslado 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 (pág. 34) del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración y cuotas dirigidos al pago de los seguros de invalidez y sobrevivientes, así como 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.

Debe precisarse en este punto, en cuanto a que además de lo anterior, las accionadas COLFONDOS, PORVENIR Y PROTECCIÓN ,también deben devolver a COLPENSIONES los gastos de administración y deberá retornar las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia<sup>10</sup>, 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<sup>11</sup>, 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:

“(…)

<sup>9</sup> “(...) 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 (...)”.

<sup>10</sup> Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.

<sup>11</sup> 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 adocrinó 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 ibidem. 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 y para resolver las inconformidades expuestas en la alzada por COLPENSIONES, conviene precisar, 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, que no se está avalando el tránsito de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva a retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Asimismo, advierte la Sala, en relación con los argumentos de apelación de las AFP COLFONDOS, PORVENIR Y PROTECCIÓN relacionados con los gastos de administración y el porcentaje dirigido a financiar las prestaciones por invalidez y sobrevivencia, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante a

Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

*«Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.*

[...]

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

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

*Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada».*

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

*“Conforme a lo establecido en sede de casación, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, que la actora jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de igual forma, que el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en*

*oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 (...)*”.

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES<sup>12</sup>, a favor de quien se surte la consulta (Pág. 39 «02Contestacion»), 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 estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que **las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del***

<sup>12</sup> 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 03 de mayo de 2022 (archivo «11AutoFechaAudContestacion.pdf»).

*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 fácticos 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 transcurso 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 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**

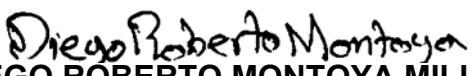
**PRIMERO: ADICIONAR** el ordinal los **ORDINALES DOS, TRES Y CUATRO**, del fallo de primer grado, para ordenar a COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A., y PROTECCIÓN S.A. devolver a COLPENSIONES los gastos de administración y además las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, 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 de primera instancia, 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**

  
**ELBIA 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 ENITH HERRERA TRUJILLO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. (RAD. 41 2021 00101 01)**

Bogotá D.C. veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado a las partes para presentar los alegatos de conclusión, 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 41 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 3 de junio del 2022 (*Audiencia virtual, archivo 31 expediente digital record: 1:07:10*), en la que se resolvió:

**“PRIMERO:** Declarar la ineficacia del traslado realizado por Enith Herrera Trujillo del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad conforme lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

**SEGUNDO:** ORDENAR a la AFP Protección S.A a trasladar a la administradora COLPENSIONES los valores correspondientes a cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones debidamente indexados al momento de realizar la transferencia.

**TERCERO:** ORDENAR a COLPENSIONES a recibir los dineros por rendimientos de la AFP Protección S.A. y efectuar los ajustes en la historia laboral de la parte actora.

**CUARTO:** Declarar no probada las excepciones propuestas conforme a la parte motiva de esta sentencia.



**QUINTO:** *CONDENAR en costas, incluidas las agencias en derecho a cada una de las demandadas Protección S.A. Porvenir S.A. y COLPENSIONES y a favor de la demandante en la suma de un millón de pesos.*

**SEXTO:** *REMITIR copia de esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa jurídica del Estado conforme el artículo 48 de la ley 2080 de 2021.*

**SEPTIMO:** *En caso de no ser apelada la sentencia se ordena remitir el proceso a la sala laboral del tribunal superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.”*

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

Así en primer lugar, PROTECCIÓN señala su inconformidad en relación con la condena a la devolución de los gastos de administración manifestando ello constituye una sobreremuneración injustificada puesto que las cotizaciones generaron unos rendimientos financieros que no van a ser reconocidos por nadie, precisando los gastos de administración y los porcentajes dispuestos para el fondo de solidaridad pensional y demás previsionales se encuentran autorizados por vía legal, y fueran destinados a cubrir las provisiones de acuerdo a lo establecido por la ley y no al capricho de Protección S.A.

Aduce que está imposibilitada para recobrar dicho dinero a las correspondientes aseguradoras y por consiguiente en caso que se ordene y efectué este traslado a Colpensiones tendría que asumirlo con cargo a su patrimonio lo cual constituiría un enriquecimiento sin causa justa en favor de la demandante y una vulneración al derecho de la igualdad que le asiste a su representada.

Por otro lado, indica que la condena en costas es improcedente por cuanto no se cuenta con un soporte normativo o legal que autorice un traslado al régimen pensional a menos de 10 años de adquirir el derecho aunado a que tampoco es posible realizar la devolución del capital acumulado junto con los rendimientos por cuanto pertenecen a prerrogativas pensionales. (*Audiencia virtual, archivo 31 expediente digital record: 1:08:41<sup>1</sup>*)

---

<sup>1</sup> “El literal B del artículo 60 de la ley 100 de 1993 establece que el régimen de ahorro individual una parte del aporte se destinará a 1) el pago de seguro 2) a financiar el fondo de solidaridad pensional y 3) cubrir los gastos de administración entre otros, es evidente que desde un inicio se asignó un porcentaje preciso a cada necesidad que se desprendiera del régimen administrado por mi representada (Protección) más allá de cubrir las prerrogativas pensionales de vejez. Devolver los gastos con cargo a las utilidades constituyen sobre remuneración injustificada puesto que las cotizaciones en efecto generaron unos rendimientos financieros que no van a ser reconocidos por nadie y más ante la afiliación que se declara no haber existido, sin embargo tales consecuencias si existen y deben ser reconocidas, así la remuneración por gastos de administración y los porcentajes dispuestos para el fondo de solidaridad pensional y demás previsionales que se encuentran autorizadas por vía legal, dichos dineros constituyeron en el patrimonio de mi prohijado con origen legítimo y

COLPENSIONES solicita se revoque la sentencia de primera instancia toda vez que al momento de dictar sentencia no se tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica entendiendo que Colpensiones es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre la actora Porvenir y Protección, por lo que no puede ser favorecida ni perjudicada, pues COLPENSIONES nada tuvo que ver con la decisión tomada por la actora.

Señala, con la decisión tomada se estaría afectando gravemente el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones el cual fue establecido por el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia y adicionado por el artículo 1 del acto legislativo del 2005, expresando se debe tener en cuenta el impacto del PIB en la reserva pensional que se ha venido afectando con este tipo de procesos.

Aduce la demandante al momento de volver al RPM ya se encontraba inmersa en la prohibición para trasladarse de régimen pensional.

Finalmente expresa que cuando se declara la nulidad o ineficacia del traslado, según se advierte de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia hay lugar a reintegrar la totalidad de las cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, porcentajes destinados al pago de seguros provisionales y gastos de administración, por lo que solicita al tribunal se condene a la AFP que incumplió su

---

legal más allá del futuro o las consecuencias que se derivaran del negocio jurídico y fueran destinados a cubrir las previsiones con ocasiones a la ley y no al capricho de Protección S.A.

Protección S.A. está imposibilitada para recobrar dicho dinero a las correspondientes aseguradoras y por consiguiente en caso que se ordene y efectué este traslado a Colpensiones tendría que asumirlo con cargo a su patrimonio lo cual constituiría un enriquecimiento sin causa justa alguna en favor de la demandante del régimen de prima media y una vulneración al derecho de la igualdad que le asiste mi representada, así mismo entraría a perturbar la estabilidad financiera y económica del sistema general de pensiones pues desde el régimen de ahorro individual con solidaridad que estaba afiliada la demandante se han dispuesto los porcentajes que la ley a previsto para los caos de administración, primas de aseguramiento y fondo de pensión mínima, no obstante no se les ha previsto que el régimen de prima media con prestación definida donde las personas que se pagan en la actualidad se financian con los aportes de los afiliados destinados a un fondo común de naturaleza pública sin que haya rendimientos porcentual como en los mercados financieros por lo que agravaríamos la insostenibilidad del sistema general de pensiones.

A su vez la condena en costas es improcedente ya que la AFP que represento no cuenta con un soporte normativo o legal que lo autorice a autorizar un traslado a régimen pensional a menos de 10 años de adquirir el derecho por lo que son los afiliados quienes deben acudir a la jurisdicción a fin de que esta evalúe exhaustivamente las condiciones que rodearon en su momento el traslado conforme un extenso precedente jurisprudencial así se viene protección (sic) es posible realizar la devolución del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual en conjunto con los correspondientes rendimientos al ser la administradora de estos no le es posible retornar el resto de valores dispuesto por cuanto pertenecen a prerrogativas pensionales que van más allá de los designios de ella.

Es por eso que solicito la revocatoria de la sentencia en su totalidad en especial la condena a mi representada en la devolución de gastos de administración, primas de seguros, fondo de seguridad pensional y costas procesales.”

deber legal de información pague a su representada los perjuicios económicos que ello genera en virtud de la teoría del daño en civil que señala quien causo el daño es quien debe repararlo. (*Audiencia virtual, archivo 31 expediente digital record: 1:11:49*)<sup>2</sup>

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 reforma de la demanda (*Páginas 7 y 8, archivo 8 Expediente Digitalizado*), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 2 a 7 ibídem*), aspirando de manera principal se declare sin valor ni efecto o ineficaz el contrato o formulario de afiliación mediante el cual se trasladó del RPM al RAIS, en consecuencia se ordene a PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES todos los valores de las cuenta de ahorro individual tales como cotizaciones, bonos pensionales con sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración, seguros o cualquier otro descuentos que se pretenda**

---

<sup>2</sup> “Solicito a los Honorables magistrados de la Sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá se revoque la sentencia proferida por el juez de primera instancia en su totalidad toda vez que al momento de dictar sentencia no tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica entendido en que Colpensiones es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre la actora, Porvenir y Protección y en razón a que todos los actos jurídicos tienen efectos inter-partes por lo cual independiente la decisión adoptada por el juez en razón a la declaratoria o no de ineficacia del traslado, mi representada no puede ser favorecida ni perjudicada con las mismas, pues como se ha manifestado, COLPENSIONES nada tuvo que ver con la decisión tomada por la actora por lo que solicito al Honorable Tribunal Sala laboral no se condene a mi representada al recibir a la actora como afiliada RPM, con esta decisión consecencial a inexistencia, se estaría afectando gravemente el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones el cual fue establecido por el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia y adicionado por el artículo 1 del acto legislativo del 2005, en caso de esta condena debe tenerse en cuenta el impacto del PIB en la reserva pensional que se ha venido afectando de manera preocupante con este tipo de procesos, le solicito igualmente a la sala que estudie de manera juiciosa este escenario en el cual la AFP que falto a su deber legal de información se declaró la no existencia pero Colpensiones que es un tercero sin injerencia del acto jurídico, con el regreso de la actora al RPM se da la posibilidad de un futuro reconocimiento de derechos pensionales, lo cual genera un afectación en el equilibrio financiero en la reserva presupuestal que se destina para tales fines conforme al artículo 2 de la ley 797 de 2003 la cual modifico el literal E del artículo 13 de la ley 100 del 93, al demandante al momento de volver al RPM ya se encontraba inmersa en la prohibición para trasladarse de régimen pensional que por otro lado cuando se declara la nulidad o ineficacia del traslado, según se advierte en la sentencia SCJL del 8 de septiembre de 2008 Radicado 31989, SCJL 175 DEL 25 DE 2017, CJSJL 4989 DEL 2018 Y CJSJL 1421 DEL 2019 Radicado 57174 pues hay lugar a reintegrar la totalidad de las cotizaciones, es decir cuotas abonadas de ahorro, rendimientos, bonos pensionales, porcentajes destinados al pago de seguros provisionales y gastos de administración que en ultimas si se determina el retorno de la demandante al RPM pue solicito al tribunal condene a la AFP que incumplió su deber legal de información pague a mi representada los perjuicios económicos que ello genera para mi representada, virtud que la teoría del daño en civil quien causo el daño es quien debe repararlo.

Reitero mi solicitud de revocar la sentencia en su totalidad y absolver a mi apoderada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.”

aplicar, igualmente se ordene a COLPENSIONES que una vez reciba todos los valores proceda a reconocer la pensión de vejez a que tiene derecho y se condene en costas. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora y se condenó a PROTECCIÓN S.A a devolver a COLPENSIONES los valores correspondientes a cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones debidamente indexados al momento de realizar la transferencia. 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 la 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. Frente a la pretensión relacionada con la pensión de vejez el Juez *a quo* no se pronunció sin que el demandante objetara ello.

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<sup>3</sup>.

Así las cosas, se tiene como fecha de nacimiento de la actora el 3 de enero de 1967 (*Conforme se registra en el acta de nacimiento Página 23, Archivo 1 Expediente Digitalizado*), por lo que la edad de 57 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2024, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 1° de octubre del 2020(*páginas 7 a 11 Archivo 1 expediente digital*), esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para

---

<sup>3</sup> 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 2°, 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”.

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 5.71 semanas cotizadas al sistema que (*Historia Laboral aportada por Protección S.A. válida para bono pensional, Archivo 6 expediente digital página 76*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo, como bien lo señala 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 **25 de julio de 1995** con fecha de efectividad a partir del **1° de agosto de 1995** (*Páginas 30 y 35, archivo 17 expediente digital*) por afiliación que hiciera a la entonces AFP COLPATRIA hoy PORVENIR, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

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

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

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

*Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute, es eficaz, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.*

*Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*

*El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias.”*

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc<sup>4</sup>, 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:*

---

<sup>4</sup> 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 de la actora al fondo accionado PORVENIR 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<sup>5</sup>, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

---

<sup>5</sup> “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 desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

***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 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 (Audio Archivo 33 record: 6:28) no acreditan de manera 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, y que sus aportes 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 da a entender que la actora conocía dicho régimen pensional y menos aún, las implicaciones de su traslado.

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

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 (*Página 35 Archivo 17 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.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones PORVENIR antes COLPATRIA 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.º 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:

| Etapas acumulativas                                            | Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar                                                                                                                                                                                                                                | Contenido mínimo y alcance del deber de información                                                                                                                                                                                                                                                         |
|----------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Deber de información                                           | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993<br>Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003<br>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.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009<br>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<br>Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015<br>Circular Externa n.º 016 de 2016                                                                                                                                                                                              | Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.                                                                                                                                                                                    |

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR antes COLPATRIA, omitió en el momento del traslado de régimen (25 de julio de 1995, efectivo el 1 de agosto 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 6 expediente digital página 50 Historial vinculaciones*), 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 la AFP PROTECCIÓN, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora (*Ver consulta de afiliados efectuado por dicha AFP pagina 26 archivo 6 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, en relación con el principio de la relatividad jurídica, consistente en que los terceros no pueden interferir en convenios de los que no son parte, aunque esta entidad no intervino de manera directa en el acto jurídico de traslado, no puede perderse de vista que en la actualidad dentro de la estructura del sistema de pensiones es la única entidad administradora del régimen de prima media con prestación definida, siendo de contera la llamada a recibir nuevamente al demandante como su afiliada.

Debe precisarse, ésta Sala de Decisión adicionará el numeral segundo del fallo de primer grado, en cuanto a que además de lo anterior PROTECCIÓN también deberá retornar las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia<sup>6</sup>, 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<sup>7</sup>, de la misma manera PORVENIR también debe devolver a COLPENSIONES 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,

<sup>6</sup> Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.

<sup>7</sup> Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

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.

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 y en punto a la apelación de COLPENSIONES, téngase en cuenta 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 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 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 (...)”.*

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 ésta demandada, 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 ésta demandada.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES<sup>8</sup> (Páginas 23 y 24, archivo 15 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

---

<sup>8</sup> Se tuvo por contestada la reforma a la demanda en auto del 3 de septiembre del 2021, archivo 15 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.

Finalmente, en lo que toca a la solicitud de COLPENSIONES de reconocer el valor de los perjuicios ocasionados, la misma se torna improcedente como quiera que tal aspecto no fue objeto del debate probatorio pues ninguna pretensión se erigió tendiente a obtener el pago de este concepto a favor de esa administradora, así como tampoco fue propuesta dicha temática a lo largo del juicio por ese extremo procesal.

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

## **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado, para ordenar a PROTECCIÓN retornar 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, y a PORVENIR también debe devolver a COLPENSIONES 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

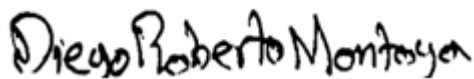
a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a cada uno de esas administradoras, conforme lo considerado.

**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 de primer grado, 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*